

Les Cahiers de droit



Le droit des grands-parents aux relations personnelles avec leurs petits-enfants : une étude comparative des systèmes québécois, français et belge

Dominique Goubau

Volume 32, numéro 3, 1991

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043095ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043095ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Goubau, D. (1991). Le droit des grands-parents aux relations personnelles avec leurs petits-enfants : une étude comparative des systèmes québécois, français et belge. *Les Cahiers de droit*, 32(3), 557–641. <https://doi.org/10.7202/043095ar>

Résumé de l'article

En 1980, le législateur québécois a adopté l'article 659 du *Code civil du Québec*, qui consacre les relations personnelles entre les grands-parents et les petits-enfants. Pour la première fois, ces relations se trouvaient protégées juridiquement. L'article 659 du *Code civil du Québec* est une transcription littérale d'un article du *Code civil français*. Depuis l'introduction de cette disposition, les tribunaux se sont penchés sur la délicate question de l'équilibre entre les droits de l'enfant, ceux de ses parents et ceux des aïeuls. La présente recherche analyse le fondement et l'étendue de ce droit nouveau, à la lumière du droit français et du droit belge.

Le droit des grands-parents aux relations personnelles avec leurs petits-enfants : une étude comparative des systèmes québécois, français et belge*

Dominique GOUBAU**

En 1980, le législateur québécois a adopté l'article 659 du Code civil du Québec, qui consacre les relations personnelles entre les grands-parents et les petits-enfants. Pour la première fois, ces relations se trouvaient protégées juridiquement. L'article 659 du Code civil du Québec est une transcription littérale d'un article du Code civil français. Depuis l'introduction de cette disposition, les tribunaux se sont penchés sur la délicate question de l'équilibre entre les droits de l'enfant, ceux de ses parents et ceux des aïeuls. La présente recherche analyse le fondement et l'étendue de ce droit nouveau, à la lumière du droit français et du droit belge.

In 1980 the Quebec legislator passed Article 659 of the Quebec Civil Code which recognizes the personal relationship between grandparents and grandchildren. For this first time, such relationship is legally protected. Article 659 of the Quebec Civil Code is a literal transcription of the French Civil Code. Since the introduction of this provision, the courts have looked into the delicate question of the balance of rights of the child, those of its parents and those of the grandparents. This research analyzes the basis and breath of this new enactment in light of French and Belgian law.

* Nous tenons à remercier notre collègue Édith Deleury, professeure titulaire à la Faculté de droit, Université Laval, pour les judicieux conseils apportés lors d'une première version de ce texte.

** Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

	<i>Pages</i>
1. La place des grands-parents dans la société et dans le droit	562
1.1. L'importance sociologique et psychologique des grands-parents	562
1.2. La place des grands-parents dans le droit familial général	567
1.2.1. Le mariage	568
1.2.2. La tutelle	570
1.2.3. L'adoption	571
1.2.4. Certains actes de type patrimonial	572
1.3. La consécration législative et jurisprudentielle du droit aux relations personnelles	573
1.3.1. Origines de l'article 659 C.C.Q.	573
1.3.2. Origines de l'article 371-4 C.C.F.	576
1.3.3. Sociologie des décisions	577
2. Le fondement du droit aux relations personnelles	583
2.1. Le droit français et le droit belge	583
2.1.1. Vers une théorie du droit de visite	583
2.1.2. La théorie de l'abus de droit	586
2.1.3. La théorie du droit propre et ses différentes justifications	589
2.1.3.1. L'article 371 C.C.F.	589
2.1.3.2. La position privilégiée des aïeuls en droit civil	591
2.1.3.3. La parenté comme fondement du droit	595
2.1.4. La théorie de l'intérêt de l'enfant	596
2.2. Le droit québécois	597
3. Les titulaires du droit aux relations personnelles	602
3.1. Les grands-parents légitimes, naturels et adoptifs	602
3.2. Les arrière-grands-parents	605
3.3. Les grands-parents d'origine en cas d'adoption	607
3.3.1. Les grands-parents dans la procédure d'adoption	607
3.3.2. Les grands-parents et les effets de l'adoption	610
3.4. Les autres tiers	620
4. L'exercice du droit : modalités et limites	626
4.1. Modalités : visites-sorties-hébergement	626
4.2. Limites : les motifs graves et l'intérêt de l'enfant	632
Conclusion	640

« Les grands-parents dans le droit de la famille : l'étude paraît si nécessaire, si naturelle, qu'il devient paradoxal, à la réflexion, que le sujet n'ait jamais été abordé à ce jour [...] »

C'est en ces mots que la professeure Jacqueline Rubellin-Devichi préface une thèse de doctorat récente sur la question¹. Une constatation

1. T. GARE, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, Préface de J. Rubellin-Devichi, Paris, Éditions du CNRS, 1989.

identique pourrait se faire en droit québécois. Nous aborderons sommairement la place qu'occupent les grands-parents dans le droit familial général. Mais l'objet de la présente étude est plus modeste puisqu'elle s'arrête au seul aspect des relations personnelles entre les grands-parents et les petits-enfants. Celles-ci constituent sans doute la dimension la plus importante de la présence des grands-parents dans le droit de la famille. Comment réaliser, dans l'écheveau complexe des relations familiales, un heureux équilibre entre les droits des parents, les droits des grands-parents et ceux des enfants ? En droit québécois la question est nouvelle puisque l'article 659 C.C.Q. n'existe que depuis 1981².

Avant cette date, il est clair que les relations des grands-parents avec leurs petits-enfants ne bénéficiaient d'aucune protection juridique. On aurait pu croire qu'une telle disposition vint consacrer la jurisprudence en la matière ou qu'elle répondait à un besoin exprimé par la doctrine. Il n'en est rien. Jurisprudence et doctrine sont muettes sur le sujet. Il est d'ailleurs surprenant de constater que les auteurs en droit de famille au Québec ne se sont jamais penchés sur la question des relations personnelles des grands-parents avec leurs petits-enfants. Depuis l'adoption de l'article 659 C.C.Q. les tribunaux ont eu évidemment à connaître des demandes de grands-parents. Mais presque dix ans après son entrée en vigueur, on constate que cette disposition n'a pas donné lieu à une jurisprudence très abondante. De plus, les décisions rapportées dénotent une absence d'uniformité dans l'application des principes. Il en résulte une situation d'insécurité juridique à laquelle, pensons-nous, il est temps de remédier.

Compte tenu de la rareté des décisions publiées³, nous avons rassemblé des jugements inédits qui nous ont permis d'arriver à une image précise de la façon dont les tribunaux ont jusqu'à ce jour interprété l'article 659 C.C.Q.⁴. Nous analyserons ces décisions en détail, autant pour leur intérêt juridique que sociologique.

L'absence de doctrine sur le droit des grands-parents au Québec et le fait que l'article 659 C.C.Q., vient directement du droit français, nous a

2. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, sanctionnée le 19 décembre 1980 et mise partiellement en vigueur le 2 avril 1981 par proclamation (1981) 113 G.O. II 769. À noter que le nouveau projet de *Code civil du Québec* (Projet de loi 125 de 1990) reproduit textuellement l'article 659 C.C.Q. qui devient l'article 611.

3. À notre connaissance, seulement onze décisions portant sur l'art. 659 C.C.Q. ont été publiées dans les recueils judiciaires.

4. Grâce à la précieuse collaboration de nombreux juges de la Cour supérieure des districts de Montréal et de Québec ainsi que du Service de recherche de la Commission des services juridiques, nous avons pu rassembler 25 décisions non-publiées portant sur l'art. 659 C.C.Q.

conduit à étudier le sujet sous l'angle du droit comparé. Nous aborderons donc la question à la lumière, d'une part, du droit français qui a codifié le droit aux relations personnelles entre grands-parents et petits-enfants, et d'autre part, du système belge où ce droit existe également depuis longtemps, mais où il demeure une construction purement prétorienne. La doctrine française et belge est abondante sur le rôle des grands-parents en droit de la famille. Elle fournit un matériel inespéré à celui qui entend se pencher sur la question en droit québécois.

L'étude des relations personnelles entre grands-parents et petits-enfants est directement reliée à l'étude, plus vaste, du droit de visite en général. Nous verrons d'ailleurs qu'en droit français et belge, la notion juridique de droit de visite est née, en tout premier lieu, de conflits opposant des grands-parents à leurs enfants et concernant précisément l'accès aux petits-enfants. L'institution du droit de visite des parents non-gardiens (en cas de séparation ou de divorce) est donc postérieure à celle des grands-parents ! Notre étude débordera donc nécessairement sur la question du droit d'accès en général.

L'objet central de cette recherche demeure bien entendu la question des relations privilégiées des enfants avec leurs aïeux en droit québécois. Les systèmes juridiques belge et français ne seront étudiés que dans leurs aspects qui peuvent être utiles au droit québécois⁵.

Le droit québécois a suivi le chemin inverse du droit français : le législateur québécois instaura l'article 659 C.C.Q. et, aujourd'hui, les tribunaux interprètent ce texte. Il est le départ d'un droit nouveau. En droit français, par contre, l'article 371 C.C. constitue l'aboutissement d'une évolution jurisprudentielle et doctrinale de plus d'un siècle. Quant au droit belge, l'état actuel de la jurisprudence concernant les relations personnelles des grands-parents avec leurs petits-enfants, est également le fruit d'une réflexion prétorienne et doctrinale séculaire. Nous analyserons bien entendu cette évolution car elle fournit des renseignements précieux sur le fondement du droit aux relations personnelles.

5. Nous n'aborderons donc pas, par exemple, les problèmes de procédure qui en droit belge et français ont généré une abondante jurisprudence et doctrine, notamment sur la question du tribunal compétent en matière de droits de visite des grands-parents ou sur les aspects procéduraux de l'intervention des grands-parents dans l'instance de divorce des parents. J.-L. RENCHON, « La recevabilité des actions en justice introduites par les grands-parents dans le contexte du règlement de l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant », (1989) 3 *Revue trimestrielle de droit familial* 251 ; J. SOSSON, « L'attribution de la garde matérielle d'un enfant mineur à ses grands-parents », (1987) 1 *Revue générale de droit civil belge* 31.

L'article 659 C.C.Q. semble à première vue très clair :

Les père et mère ne peuvent sans motifs graves faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents.

À défaut d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le tribunal.

Et pourtant il suscite de nombreuses interrogations. Quel est le véritable fondement de ce droit ? Le texte français fut importé tel quel dans le *Code civil du Québec*. Se pose donc également la question du sens des mots utilisés : le législateur du Québec a introduit une terminologie bien connue dans les systèmes français ou belge, mais jusqu'à ce jour inconnue en droit québécois. Quelle doit être alors, dans le contexte du *Code civil du Québec*, la portée des termes « relations personnelles » ? Par ailleurs, les termes « motifs graves » ont dans le cadre de l'article 371-4 C.C.F. une signification précise. Qu'en est-il des « motifs graves » de l'article 659 C.C.Q. ? Faut-il leur donner la même portée qu'en droit français ou faut-il plutôt y voir une analogie avec les « motifs graves » que l'on retrouve dans les dispositions concernant la déchéance de l'autorité parentale (article 654 C.C.Q.) ?

D'autre part, l'article 659 C.C.Q. vient-il accorder des droits nouveaux ou ne fait-il que consacrer, une fois de plus, le principe de l'intérêt de l'enfant comme unique paramètre des décisions le concernant ?

En adoptant l'article 659 C.C.Q., le législateur a-t-il épuisé toutes les questions concernant les relations des grands-parents avec leurs petits-enfants ? La réponse passe nécessairement par l'étude des titulaires, de l'étendue et du fondement du droit aux relations personnelles.

L'incidence de l'adoption d'un enfant sur les relations avec ses grands-parents démontre, parfois de façon dramatique, que ces liens ne jouissent peut-être pas encore d'une protection juridique suffisante et que, dans ce débat, la notion d'intérêt de l'enfant, quoi qu'on en dise, n'a pas encore reçu la place qui devrait lui revenir. Mais avant d'aborder ces questions, il nous paraît utile de voir quelle est la place actuelle des grands-parents dans la société et dans le droit civil en général.

1. La place des grands-parents dans la société et dans le droit

1.1. Importance sociologique et psychologique des grands-parents

De récentes études montrent que les relations entre générations demeurent très vivantes, avec des échanges affectifs mais aussi des échanges de services. Comment vont évoluer ces relations⁶ ?

La notion même de famille est traditionnellement liée à celle de l'autorité exercée en son sein. Ainsi l'évolution de la famille-souche à la famille-foyer a-t-elle suivi le glissement de l'autorité de l'aïeul vers celle du père, puis des père et mère. Il serait superflu d'analyser ici l'évolution de la notion d'autorité parentale. D'autres l'ont fait efficacement avant nous⁷.

Mais il est tout de même intéressant de rappeler qu'en droit romain et en ancien droit, l'aïeul était non seulement très présent dans le droit familial, mais qu'il était le détenteur de l'autorité familiale (pour ne pas dire de la toute-puissance paternelle). Le codificateur québécois, à l'instar des rédacteurs du Code Napoléon, retint la notion de famille-foyer plutôt que celle de famille-souche. Famille-foyer, cellule familiale, famille nucléaire : la terminologie utilisée évoque le rétrécissement de la notion de famille.

S'il est vrai que la société urbaine a entraîné la contraction de la famille aux seuls parents et enfants⁸, le droit a certainement entériné cette situa-

6. F. MITTERAND, [Allocution prononcée à l'Unesco, le 26 janvier 1983], (1983) 37 : 4 *Revue française des affaires sociales* 7.

7. À propos de l'historique de la notion de famille et l'évolution du concept de l'autorité dans la famille, voir J. PINEAU, *La famille, droit applicable au lendemain de la « Loi 89 »*, Montréal, P.U.M. 1982, p. 1-7 ; É. DELEURY, M. RIVET et J.-M. NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 *C. de D.* 779 ; Y. MARTIN et J. A. ULYSSE, *L'autorité parentale : un droit ou un devoir... pour qui !*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, p. 5 s. ; L. BAUDOUIN, « Puissance paternelle », (1954) 14 *R. du B.* 478 ; P. VERGE, « La puissance paternelle », (1963) 3 *C. de D.* 144.

8. Le doyen Carbonnier parle du « rétrécissement » de la famille française, après la deuxième guerre mondiale, en raison du déclin du lignage et du repli de la famille sur le couple et le foyer. À propos de la notion de la famille en droit belge, voir F. RIGAUX, « Les notions de famille et de mariage en droit civil contemporain », (1972) *Journal de Tribunaux* 569.

A. Sayag, « Les grands-parents dans le droit de la famille », (1969) *Revue trimestrielle de droit civil* 40, explique ce rétrécissement de la famille pour les raisons suivantes :

— la mobilité de la population et donc la dispersion des membres de la famille ;

— l'exode rural ;

— l'augmentation du niveau de vie rendant inutiles les liens de solidarité familiale.

tion de fait⁹. Pourtant, les grands-parents n'ont jamais vraiment disparu de la vie familiale. Ils y sont même de plus en plus présents, voire de plus en plus utiles. Au point que certains ont affirmé qu'en même temps que notre siècle découvre l'enfant, il retrouve aussi les grands-parents¹⁰. Dans le même sens, des études récentes aux États-Unis démontrent que les membres plus âgés de la famille sont des participants actifs dans la vie familiale et que l'aide et le support d'une génération à l'autre tendent à être réciproques¹¹.

Plusieurs facteurs expliquent cette nouvelle présence des grands-parents au sein de la famille. D'abord la diminution du taux de mortalité infantile et l'accroissement de l'espérance de vie. Ces phénomènes ont pour conséquence qu'il y a un plus grand nombre de grands-parents et que la durée de leurs relations avec leurs descendants est forcément plus longue qu'avant¹². Autre phénomène important : l'augmentation significative des séparations, des divorces et du nombre d'enfants à parent unique¹³. Là où les conjoints se dissocient, de nouvelles solidarités doivent jouer.

9. C'est ce que T. GARE appelle la conjugalisation du droit de la famille, *supra*, note 1, p. 30. Au Québec, les travaux de la Commission permanente de la justice lors de l'étude du projet de loi 89, et plus précisément du chapitre portant sur l'autorité parentale, démontrent que le législateur entendait redéfinir la famille « sur la base de la famille nucléaire » ; ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des Débats*, 6^e session, 31^e législature, Commission parlementaire permanente de la justice, lundi 15 déc. 1980, n° 17.

10. C. NEIRINCK, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1984, p. 331.

11. Voir R.-O. HANSSON et J. REMONDET, « Relationships and the aging family : A social and psychological analysis » (1987) 7 *Applied Social Psychology Annual* 262.

12. En France, alors que l'espérance de vie au début du siècle était de 45 ans pour les hommes et de 48 ans pour les femmes, elle se situe en 1987 à 71,5 ans pour les hommes et à 79,6 ans pour les femmes (chiffres publiés par l'INSEE en 1987, *Population et sociétés*, mars 1987, n° 211 et février 1988, n° 221). En 1988 les démographes dénombrent 10 millions de grands-parents dans la population française (chiffre cité par T. GARE, *supra*, note 1, p. 18).

13. Au Canada, entre 1961 et 1986, le nombre d'enfants de familles monoparentales a augmenté de 0,5 million à 1,2 million, soit de 6,4 % de tous les enfants canadiens à 14,4 %. En 1969, il y a eu 182 000 mariages et 26 000 divorces. En 1986, il y a eu 176 000 mariages et 78 000 divorces (= 44,3 %) (chiffres cités dans une étude publiée pour le compte de Statistique Canada, par T. K. BURCH *Les familles du Canada*, Ottawa, 1990). L'auteur souligne, en préface de son étude, que « le dernier quart du siècle semble avoir constitué une période de changement inhabituel des tendances à l'égard des familles, non seulement au Canada, mais dans l'ensemble des pays industrialisés ». Il illustre ce point en mentionnant notamment l'augmentation en flèche du nombre de ménages d'une seule personne et la banalisation du divorce, lequel a constitué le dénouement de jusqu'à un tiers des mariages canadiens récents.

En France, en 1986, on dénombre environ 120 000 divorces par an et on constate que près de 1,5 million d'enfants de moins de 17 ans ont vu leurs parents se séparer ou

La jurisprudence, tant québécoise que belge ou française, regorge de décisions où les grands-parents apparaissent comme réseau de soutien. On fait appel à eux pour la garde temporaire des enfants, ou à titre de tierces personnes à qui les tribunaux demandent de contrôler l'exercice du droit d'accès du parent non-gardien¹⁴, ou encore de personnes neutres par l'intermédiaire desquelles se fait la « remise » des enfants à l'occasion des droits de sortie, etc. ... Les grands-parents jouent un rôle accru dans la famille en crise, notamment en hébergeant l'enfant pendant les procédures opposant les parents. Ainsi, en France, après le divorce des parents, l'enfant est élevé par des grands-parents dans 19 % de cas¹⁵. L'aide offerte par les grands-parents à l'occasion de procédures de séparation ou de divorce, est une réalité dans toutes les sociétés industrielles¹⁶. De façon plus significative encore, les grands-parents apparaissent bien souvent, en situation de crise, comme les seules personnes capables d'apporter aux enfants la continuité dont ils ont besoin¹⁷. Des études sociologiques démontrent d'ailleurs la tendance des familles à rechercher les liens de solidarité avant tout dans la parenté¹⁸.

Le phénomène de l'éclatement de la famille-foyer (divorce, séparation), a donc pour effet de renouer les liens avec la parenté élargie et plus

divorcer (chiffres relevés par J.-P. ROSENCZVEIG, *La lettre de l'IDEF*, n° 9, novembre 1986).

Notons qu'aux États-Unis, le taux de divorce a doublé depuis 1965 (chiffre cité par l'Hon. L. MAILHOT en préface à *Droit et enfant*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990).

14. Pour un exemple récent en jurisprudence québécoise, voir *Droit de famille*—1163, (1988) R.D.F. 157 et 158. En l'espèce, un père emprisonné obtient en Cour supérieure l'autorisation de recevoir la visite de sa fille de trois ans au pénitencier, mais ce droit ne pourra être exercé que si c'est la grand-mère paternelle qui accompagne l'enfant.

15. T. GARE, *supra*, note 1, p. 18.

16. Voir par exemple l'étude de C.R. AHRONS et M. E. BOWMAN, « Changes in family relationships following divorce of adult Child: Grandmother's perception », (1981) 5 *Journal of Divorce*, Dans cette étude, 78 grands-mères sont interviewées après le divorce de leur enfant. Toutes révèlent être intervenues pour aider leur enfant divorcé (garde des enfants, aide monétaire, etc. ...).

Dans une étude plus récente encore, les auteurs démontrent qu'à l'occasion des crises familiales, les grands-parents jouent fréquemment un rôle plus important dans la vie des petits-enfants, voire même un rôle de parent qu'en temps ordinaire, ils n'auraient pas joué. : A. CHERLIN et F. FURSTENBERG, « Grandparents and family crisis », (1986) 10 : 4, *Generations* 26, J. Hopkins University, Baltimore.

17. Ce rôle nouveau des grands-parents est décrit par J. COMMAILLE, « Divorce and the Child's Status: the evolution in France », (1983) 14 *Journal of Comparative Family Studies* 97.

18. Voir notamment A. FORTIN et al., « Nouvelles familles, nouveaux réseaux », (1985) 9 : 3 *Anthropologie et Sociétés* 219 (Parentés au Québec).

particulièrement avec les grands-parents qui sont souvent plus disponibles que les autres parents.

Troisième facteur ayant un lien direct avec la présence accrue des grands-parents dans la famille : la participation des femmes au marché du travail¹⁹. L'absence des parents au foyer pour des raisons professionnelles a pour conséquence que les grands-parents sont beaucoup plus souvent qu'avant appelés à faire du « baby-sitting » pendant les heures de travail des parents²⁰. En ce sens, ils participent sans doute plus qu'auparavant à l'éducation et l'entretien des enfants.

Cette nouvelle présence des aïeuls dans la société s'exprime également par l'émergence récente de nombreux groupes et associations de défense des droits des grands-parents²¹.

Si les sociologues ont fait état du nouveau rôle joué par les grands-parents, les psychologues, eux, ont souligné toute l'importance des liens affectifs qu'ils peuvent tisser avec leurs petits-enfants.

Il est sans doute inutile d'élaborer longuement sur l'importance, pour les personnes âgées, de maintenir des contacts affectifs avec les jeunes

19. Selon un rapport du Conseil du statut de la femme (*Chiffres en main*, Québec, Éditeur officiel, 1981, p. 76, cité par E. DELEURY *et al.*, *Papa ou maman ? L'attribution de la garde des enfants dans les situations de divorce*, Québec, Université Laval, 1987, p. 6, le taux d'activité des femmes est passé de 25 % en 1951 à 46 % en 1980. Selon Statistique Canada le nombre de femmes au travail en 1986 a atteint 5,6 millions (deux fois plus qu'en 1961). Aujourd'hui, au Canada, la majorité des mères de jeunes enfants travaillent (T. K. BURCH, *supra*, note 13, p. 44 s.).

20. Une étude en France révèle que 4 % des enfants de moins de trois ans sont confiés en permanence à leur grand-mère. Lorsque la mère n'a pas d'activité professionnelle, les enfants en bas âge sont confiés à leur grand-mère dans 25 % des cas. Ce chiffre passe à 36 % lorsque la mère travaille à l'extérieur du foyer. L. ROUSSEL et O. BOURGUIGNON, *La famille après le mariage des enfants*, Paris, P.U.F. 1976, p. 96, cité par T. GARE *supra*, note 1, p. 19).

21. On retrouve ce genre d'association en France ainsi que dans presque tous les états américains, le but principal de ces groupements étant la défense et la promotion des droits de visite à l'égard des petits-enfants. Leur action, aux États-Unis, comme groupes de pression, est particulièrement efficace puisqu'à l'heure actuelle, la quasi-totalité des états américains ont adopté des dispositions légales visant à consacrer l'accès des grands-parents à leurs petits-enfants (voir H. D. KRAUSE, « Family Law in the Post-Modern Era- An Update », *The Guide to American Law Yearbook 1987*, Minnesota, West P.C., 1987, p. 144). Au Québec il existe, à notre connaissance, quatre associations du genre : l'Association des grands-parents de Beauport dont un des objectifs est de donner des « grands-parents d'affection » à des enfants de familles mono-parentales (*Le Soleil*, 17 juin 1990). Une autre association, « Recours Grands-parents » a vu le jour en mai 1990 à Montréal, alors qu'on retrouve, toujours dans la région de Montréal, l'association « Grand-mères Caresses » et dans la région Saint-Jérôme les « Grands-parents Tendresse » (M. T. RIBEYRON, « Veux-tu être ma grand-maman ? », *Châtelaine*, mai 1991, p. 101.).

générations et plus précisément avec leurs propres descendants²². On ne parle pas souvent de « grand-parentalité » et il n'existe que peu de littérature sur la question. Certaines études ont pourtant mis en lumière toute l'importance psychologique d'« être grand-parent », comme étant une phase particulière dans le développement de l'individu²³.

Quant aux enfants eux-mêmes, tous les spécialistes de l'enfance soulignent l'influence primordiale des grands-parents dans leur développement. Certains auteurs ont même parlé de liens vitaux entre grands-parents et petits-enfants²⁴. Ce rôle devient encore plus important dans les situations de divorce ou de séparation. Des études récentes avancent que les grands-parents peuvent jouer un rôle significatif dans le développement des enfants en leur procurant la sécurité et le sens de la famille. Les relations avec les grands-parents semblent contribuer également à résoudre les conflits développementaux des enfants²⁵. Il va sans dire que cette réalité, mise en lumière par les récentes recherches en psychologie, devra contribuer à l'actualisation de l'intérêt de l'enfant en tant que notion juridique²⁶.

La grand-parentalité est donc importante dans le développement des individus. Elle occupe également, et depuis fort longtemps, une place dans le droit familial.

22. Une étude effectuée par l'école de travail social de l'université du Wisconsin et portant sur 125 grands-mères de 70 ans et plus démontre que c'est essentiellement en faisant du baby-sitting auprès de leurs petits-enfants que ces femmes assument leur rôle de grand-mère. Dans le groupe, 80 % des répondantes se disent extrêmement satisfaites de ce rôle et 37 % d'entre elles ajoutent qu'il est plus satisfaisant de jouer le rôle de grand-parent que celui de parent, car il donne une joie et des plaisirs que l'on ne peut avoir lorsqu'il faut assumer les responsabilités parentales (J. F. ROBERTSON, « Grandmotherhood: A study of role conceptions », (1977) 39 *Journal of Marriage and the Family* 165).
23. Sur le rôle de la grand-parentalité dans le développement psycho-social des personnes âgées, voir S. SEVERINO *et al.*, « Overview: the psychology of grandparenthood », (1986) *Journal of Geriatric Psychiatry* 3; H. KIVNICK, « Intergenerational relations: Personal meaning in the life cycle », (1985) 14 *Contributions to human Development* 93.
24. A. KORNHABER et K. WOODWARD, *Grandparent/Grandchildren: The Vital Connexions*, New York, Anchor Press, 1981.
Voir également P. ARIES, « Les grands-parents dans la société », dans *Les grands-parents dans la dynamique psychique de l'enfant*, éd. ESF, 1979, p. 15, cité par C. NEIRINCK, *supra*, note 10, p. 254.
25. Voir en ce sens, T. BLAU, « An evaluative study of the role of the grandparent in the best interests of the child », (1984) 12: 4 *American Journal of Family Therapy* 46.
26. Comme le soulignent les auteurs d'un rapport sur l'attribution de la garde des enfants dans les situations de divorce, « les juges appelés à donner vie à cette notion (l'intérêt de l'enfant), doivent en cela se rapporter à des critères non-juridiques, relevant essentiellement des sciences humaines. L'absence de définition de la notion les attire inévitablement au-delà de leur propre champ de compétence » (E. DELEURY *et al.*, *supra*, note 19, p. 37).

1.2. La place des grands-parents dans le droit familial général

Dans cette section, nous survolerons, les institutions juridiques qui font aux grands-parents une place particulière, leur donnant par là un statut privilégié en droit de la famille. La présence des grands-parents, en droit de la famille, ne se limite toutefois pas à ces seules institutions. En effet, les grands-parents pourront intervenir auprès de leurs petits-enfants par le biais d'autres mécanismes. Ils pourront, par exemple, intenter des actions d'état, intervenir en matière de divorce, de protection de la jeunesse ou d'assistance éducative, initier des procédures de déchéance de l'autorité parentale, etc. ...

Mais ils agiront alors comme d'autres tiers, membres de la famille ou non. Leur statut de grand-parent ne leur donne donc pas, à ce niveau, une situation privilégiée²⁷.

Même si les grands-parents²⁸ n'occupent plus la place qui leur revenait en droit romain ou dans l'ancien droit, il n'en demeure pas moins que leur présence dans le droit de la famille français et belge est très tangible. Le Québec, par contre, n'accorde pas de statut particulier aux grands-parents (mis à part, bien entendu, l'article 659 C.C.Q.), alors que les systèmes français et belge ont gardé à maints égards des relents de droit ancien, voire d'anciens privilèges, lorsqu'il s'agit des aïeuls. Certaines décisions n'hésitent pas à voir dans les grands-parents les protecteurs naturels des petits-enfants. Ainsi, la Cour d'appel de Liège (Belgique) déclarait que l'action par laquelle un ascendant postule lui-même la garde de son petit-fils doit être déclarée recevable, puisqu'il a un intérêt moral à ce que ses petits-enfants soient bien élevés, éduqués et entretenus. La Cour ajoute que la grand-mère puise sa qualité d'agir en justice dans son état de protecteur naturel de tous ses descendants²⁹.

Mais les importantes prérogatives reliées à l'ancienne puissance disparaissent peu à peu pour laisser au seul couple le véritable pouvoir de

27. À certains égards la loi accorde même explicitement une place moins favorable aux grands-parents que, par exemple, aux frères et sœurs. Il en est ainsi dans l'article 9 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q. c. P-34.1 :

L'enfant hébergé dans un centre ou une famille d'accueil, a droit de communiquer en toute confidentialité avec son avocat, le directeur qui a pris sa situation en charge, le Comité, les juges et greffiers du Tribunal.

Il peut également communiquer en toute confidentialité avec ses parents, frères et sœurs, à moins que le Tribunal n'en décide autrement.

La communication entre les grands-parents et l'enfant placé, ainsi que son caractère confidentiel, ne sont donc pas protégés légalement.

28. Il faudrait plutôt parler de « grands-pères ».

29. Liège (Chambre de la Jeunesse) 12 juin 1979, (1979) *Revue trimestrielle de droit familial* 401.

décision. Pourtant, de façon quelque peu anachronique, les droits français et belge reconnaissent encore aux grands-parents un pouvoir de contrôle de l'appartenance à la famille (mariage, adoption). D'autre part, ces systèmes, de façon plus moderne cette fois, donnent aux grands-parents une place privilégiée dans le contexte de la dislocation de la famille³⁰.

1.2.1. Le mariage

En droit français, les grands-parents, à défaut de parents, doivent consentir au mariage de leur petit-enfant qui a entre 15 et 18 ans. Ce pouvoir demeure assez théorique³¹, mais il n'en est pas moins discrétionnaire. Au point même que les grands-parents peuvent révoquer leur consentement jusqu'au jour de la célébration³².

En Belgique, la loi du 31 mars 1987 concernant la filiation et l'autorité parentale maintenait également et de façon tout aussi surprenante, ce « contrôle » des aïeuls issu de l'ancienne conception de la famille-clan. En effet, à défaut de père et mère, les autres ascendants sont, en vertu de cette loi, amenés à consentir au mariage du petit-enfant. Ce n'est qu'à défaut d'aïeul ou d'aïeule que le conseil de famille devra intervenir³³. Toutefois, la très récente loi du 19 janvier 1990 abolit les articles 150 et 151 C.C.F. et fait donc disparaître cet archaïsme. Dorénavant, si le père et la mère sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le tribunal peut autoriser le mariage³⁴. Cette règle s'applique également en cas de décès des parents. Ni les aïeuls, ni, à leur défaut, le conseil de famille, n'ont encore un rôle à jouer au stade du consentement au mariage.

En droit québécois, même avant l'instauration du *Code civil du Québec*, le consentement des grands-parents au mariage des petits-enfants, n'a jamais été requis. L'article 120 C.C.B.C. prévoit qu'en cas d'absence des père et mère, c'est le tuteur qui doit consentir après avoir pris l'avis du conseil de famille.

30. T. GARE, *supra*, note 1, p. 33-34.

31. Il faut en effet que le petit-enfant soit orphelin de père et mère et qu'il désire se marier avant l'âge de 18 ans. De plus, en cas de conflit avec les grands-parents, le mineur cohabitera sans doute avec son conjoint en dehors des liens du mariage.

32. Articles 148 et 150 C.C.F.

33. Articles 150 et 151 C.C.F. Le projet de loi tel que déposé pour avis au Conseil d'État excluait l'intervention des grands-parents en matière de consentement au mariage. Le gouvernement belge les réintégra pourant dans le projet déposé au Sénat : Parl. St, Sénat, 1977-1978, n° 305/1.7. Ce n'est qu'avec la réforme de 1990 que les grands-parents perdent ce « pouvoir ».

34. Article 148 al. 6 nouveau C.C.F.

En ce qui concerne l'opposition au mariage, le droit français prévoit le droit d'opposition des grands-parents à défaut de père et mère³⁵. Ce droit est en théorie très important puisque l'opposition constitue un obstacle absolu au mariage jusqu'à la main-levée³⁶. Ce droit existe même à l'égard des petits-enfants majeurs³⁷. De plus, en cas d'opposition abusive de leur part, les grands-parents échappent à toute responsabilité³⁸, ce qui démontre encore qu'un statut particulier leur est réservé.

Le droit belge maintient également cette prérogative particulière des grands-parents, même à l'égard de leurs petits-enfants devenus majeurs³⁹. Par contre l'ancien privilège de ne pouvoir être condamnés à des dommages-intérêts en cas de rejet de l'opposition a été aboli par la récente loi du 19 janvier 1990⁴⁰. Le droit belge restreint donc de plus en plus les anciens pouvoirs des grands-parents, sans toutefois les abolir complètement.

Au Québec la règle est très simple : toute personne intéressée peut faire opposition à la célébration du mariage⁴¹. En cas d'opposition abusive, l'opposant, quel qu'il soit, peut être condamné à des dommages-intérêts⁴². Les grands-parents n'ont donc pas une place de faveur et sont sur pied d'égalité avec tout autre tiers⁴³.

En matière de nullité de mariage, le droit français prévoit pour les grands-parents la possibilité d'agir en nullité relative si le mariage du petit-enfant a été célébré sans leur consentement (lorsque requis)⁴⁴. L'action en nullité absolue (en cas d'absence totale de consentement, de bigamie, d'impuberté, d'inceste, de clandestinité ou d'incompétence de l'officier d'état civil) est ouverte à tout intéressé⁴⁵. Cependant, alors que les tiers doivent justifier d'un intérêt né et actuel, les grands-parents et les parents

35. Article 173 C.C.F.

36. Article 68 C.C.F.

37. T. GARE, *supra*, note 1, p. 48 : « le droit de faire opposition au mariage n'est pas sans évoquer la *patria potestas* du droit romain, qui s'appliquait même aux enfants majeurs ».

38. Article 179 C.C.B.

39. Article 173 C.C.B.

40. Article 179 nouveau. C.C.B.

41. Article 407 C.C.Q.

42. Article 409 C.C.Q.

43. À la seule différence, peut-être, que, par rapport aux étrangers à la famille, leur intérêt paraît évident. En ce sens, J. PINEAU, *supra*, note 7, n° 80.

44. Article 182 C.C.F.

45. Articles 184 à 191 C.C.F.

peuvent se contenter du seul intérêt moral⁴⁶. Le droit français fait donc une place privilégiée aux grands-parents⁴⁷.

En droit belge, les grands-parents sont également assimilés aux parents en ce qui concerne les demandes de nullité absolue : l'intérêt moral suffit pour justifier leur action. Les grands-parents exercent ce droit concurremment aux parents et peuvent donc agir malgré l'inaction des père et mère. Les autres personnes doivent démontrer l'intérêt né et actuel, c'est-à-dire pécuniaire⁴⁸. Quant à l'action en nullité relative pour défaut de consentement de la part des grands-parents, elle n'existe plus puisque ce consentement n'est plus requis depuis la loi du 19 janvier 1990.

Au Québec également, seuls les cas de nullité absolue sont susceptibles de contrôle par les grands-parents. Toute personne intéressée peut agir⁴⁹ ; mais dans l'hypothèse d'un mariage clandestin ou d'incompétence de l'officier de l'état civil, un intérêt pécuniaire sera exigé des parents comme des grands-parents⁵⁰. De plus, dans l'hypothèse d'un mariage incestueux, d'impuberté ou de bigamie, on exigera un intérêt né et actuel des grands-parents alors que les père et mère pourront se contenter du seul intérêt moral⁵¹. Les tiers devront dans tous les cas justifier un intérêt matériel à agir. En matière de nullité de mariage, les grands-parents sont donc sur le même pied que les collatéraux ou même les tiers. Notons finalement qu'il existe, dans les trois systèmes juridiques, une prohibition absolue au mariage entre ascendants et descendants à tous les degrés.

1.2.2. La tutelle

Les dispositions en droit français et belge en matière de tutelle démontrent, de la façon la plus évidente, que ces systèmes juridiques maintiennent un statut privilégié aux grands-parents. Dans ce domaine leurs pouvoirs semblent aussi anachroniques qu'exorbitants. L'article 402 C.C.F. prévoit que lorsqu'aucun tuteur n'a été choisi par le dernier mourant des père et mère, la tutelle de l'enfant est déferée automatiquement à celui des ascendants qui est du degré le plus rapproché. Cette vocation privilégiée des grands-parents semble aujourd'hui injustifiable. Pourquoi donner un

46. Article 187 C.C.F.

47. T. GARE, *supra*, note 1, p. 52 : « il n'est pas abusif d'affirmer que les prérogatives qui leurs sont reconnues, en ce qui concerne le consentement, l'opposition, ou les nullités de mariage s'inscrivent dans une perspective, certainement d'un autre âge, de contrôle de l'accès au lignage ».

48. Articles 187 et 191 C.C.B.

49. Article 152 C.C.B.C.

50. Article 156 C.C.B.C.

51. Articles 152 et 155 C.C.B.C.

rôle plus important aux aïeuls que par exemple aux oncles et tantes, aux frères et sœurs, etc. ? La loi présume la compétence éducative des grands-parents, sans tenir compte du cas d'espèce et sans tenir compte du fait que, par définition, ces personnes sont déjà d'un certain âge !

Le droit belge est au même effet⁵². À noter toutefois que le droit français et le droit belge permettent la tutelle testamentaire, qui constitue une manifestation de l'autorité parentale. Par conséquent, la tutelle légale des grands-parents demeure, dans les faits, tout à fait accessoire⁵³.

En droit québécois, toutes les tutelles sont datives et sont déférées sur avis du conseil de famille⁵⁴. Les grands-parents n'ont aucun rôle particulier à ce niveau, si ce n'est évidemment leur droit de convoquer le conseil de famille et d'y être appelés⁵⁵. Ils sont donc sur le même pied que tout autre parent ou allié.

1.2.3. L'adoption

Nous étudierons plus loin le problème des effets de l'adoption et plus particulièrement son incidence sur le droit aux relations personnelles entre petits-enfants et grands-parents d'origine (voir *infra*, 3.). Quant à la procédure d'adoption elle-même, les grands-parents n'y jouent en principe aucun rôle particulier. La seule question soulevée par les droits belge et français en la matière est celle de la possibilité pour les grands-parents d'adopter leur petit-enfant. Aujourd'hui, rien ne s'y oppose au plan de la légalité⁵⁶. La question de l'opportunité de pareilles adoptions, à savoir s'il est dans l'intérêt d'un petit-enfant d'être adopté par ses propres grands-parents est tout autre chose. Certains diront qu'il est contraire à son intérêt

52. Article 402 C.C.B.

53. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. II *Les personnes*, vol. 2, 4^e éd. par Jean-Pol MASSON, Bruylant, 1990, p. 1184 ; l'auteur souligne que l'exercice de la tutelle par des grands-parents est extrêmement rare dans les faits.

54. Article 249 C.C.B.C. À noter que le nouveau projet de *Code civil du Québec* (Projet de Loi 125) introduit la tutelle légale aux mineurs (art. 179). Les père et mère sont de plein droit tuteurs de leur enfant mineur et de leur enfant conçu qui n'est pas encore né (art. 193). Le projet innove également en introduisant la tutelle testamentaire (art. 201 s.) On ne peut que se féliciter de ces importantes réformes qui simplifieront la représentation des mineurs dans l'exercice de leurs droits civils et l'administration de leur patrimoine. Il est à prévoir que la tutelle testamentaire (qui pourra également se donner par simple déclaration au curateur public) connaîtra une popularité aussi rapide que celle du mandat en cas d'inaptitude et que la tutelle déférée par les tribunaux deviendra exceptionnelle.

55. Articles 250 et 251 C.C.B.C.

56. Articles 353 al. 2 C.C.F. et 345 s. C.C.B.

de bouleverser l'ordre des familles⁵⁷. Mais la jurisprudence demeure partagée sur la question⁵⁸.

D'autre part, les droits français et belge ne font pas la distinction entre consentement spécial et consentement général à l'adoption. Le consentement est toujours spécial, au sens québécois du terme. Par contre, en droit québécois, l'article 607 C.C.Q. introduit un système de candidats adoptants privilégiés et prévoit que les grands-parents ont une vocation particulière à l'adoption puisqu'ils peuvent bénéficier d'un consentement spécial. Cela ne leur donne toutefois pas un statut unique puisque les parents en ligne collatérale jusqu'au troisième degré (et leur conjoint) peuvent aussi être désignés comme adoptants par consentement spécial.

1.2.4. Certains actes de type patrimonial

Dans les trois systèmes juridiques, petits-enfants et grands-parents ont une vocation successorale réciproque, quoique subsidiaire. Mais en Belgique et en France, une fois de plus, le lien légal entre les enfants et leurs aïeuls est plus évident et plus protégé. En effet, les droits belge et français prévoient entre ascendants et descendants une part réservataire réciproque. Or en droit québécois la réserve successorale n'existe plus depuis 1774⁵⁹. L'article 831 C.C.B.C. consacre la liberté absolue de tester. Les grands-parents, sans être protégés par une réserve (pas plus que ne le sont les petits-enfants) n'ont qu'une vocation successorale *ab intestat* subsidiaire. Ils ne pourront en effet venir à la succession que si leur petit-enfant n'a laissé ni époux successible, ni postérité, ni frères, ni sœurs, ni neveux, ni nièces au 1^{er} degré, ni père et mère⁶⁰.

En matière de donations, le droit français prévoit un pouvoir particulier pour les grands-parents. Ceux-ci peuvent, même si les parents sont encore vivants, accepter des donations au nom de leur petit-enfant mineur. Ce pouvoir leur est accordé même s'ils ne sont pas tuteurs de l'enfant⁶¹, ce

57. En ce sens H. DE PAGE, *supra*, note 53, p. 1072.

58. Voir par exemple en droit belge, pour : Anvers, 17 mai 1985, *R.W.* 1985-1986, col. 2840 ; contre : Bruxelles, 9 février 1978, *J.T.* 1978, p. 245. En France, la possibilité d'adoption par les grands-parents semble maintenant admise par la jurisprudence. Voir les commentaires de J. RUBELLIN-DEVICHI à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 18 octobre 1984, (1984) *Revue trimestrielle de droit civil* 309.

59. Sur l'historique de la réserve successorale et les tergiversations doctrinales et parlementaires sur la question, voir G. BRIÈRE, « L'évolution du droit des successions dans ses rapports avec la famille », (1988) 19 *R.G.D.* 339.

60. Articles 628 et 629 C.C.B.C.

61. Article 935 al. 3 C.C.F.

qui représente une ingérence évidente dans l'exercice de l'autorité parentale. Le droit belge donne aux grands-parents un pouvoir équivalent⁶².

Finalement, les trois systèmes juridiques connaissent également l'obligation alimentaire réciproque entre grands-parents et petits-enfants⁶³.

En conclusion, on peut affirmer qu'en droit positif belge, et plus encore en droit positif français, les grands-parents disposent de prérogatives que le droit québécois ne leur reconnaît pas. Certains auteurs voient dans ce statut particulier la démonstration que le droit consacre la solidarité des générations à l'intérieur des familles⁶⁴. L'évolution historique démontre pourtant que ce statut va en s'amenuisant⁶⁵. Nous pensons donc que, hormis le droit aux relations personnelles, les prérogatives actuellement accordées aux grands-parents, constituent un véritable droit d'ingérence dans la vie et l'éducation des enfants et représentent les derniers accents de la puissance lignagère. À cet égard, le droit québécois fait figure d'un système d'avant-garde en concentrant les droits et responsabilités à l'égard des enfants, sur les seuls titulaires de l'autorité parentale : les parents ou le tuteur.

1.3. La consécration législative et jurisprudentielle du droit aux relations personnelles

1.3.1. Origines de l'article 659 C.C.Q.

À une époque où, comme nous l'avons vu, la notion de famille est réduite à la famille nucléaire, c'es-à-dire la cellule parents-enfants et que les relations familiales élargies ont beaucoup perdu de leur intensité, le législateur québécois a donné une nouvelle dimension au cercle familial en y introduisant les grands-parents⁶⁶. Il n'est pas exagéré d'affirmer que l'article 659 C.C.Q. bouleverse le cadre que le droit réservait jusqu'à ce jour à la famille. La place qu'occupe cet article dans le Code civil, c'est-à-dire la toute dernière, nous semble révélatrice de la façon dont ce texte fut

62. Article 935 C.C.B. ; pour un cas d'application : Bruxelles, 10 décembre 1985, Pas. 1986, II, 29 et Mons, 21 novembre 1988, *J.T.*, 1989, 182.

63. Articles 205 et 207 C.C.F. et C.C.B. ; art. 633 C.C.Q. À noter qu'en droit québécois, l'obligation est simultanée et non successive à celle des parents : *Droit de la famille-1002*, (1986) R.D.F. 64 (C.S.) et *Droit de la famille-1039*, (1986) R.D.F.436 (C.S.). Concernant l'obligation alimentaire des grands-parents, voir également *Lévesque c. Darveau*, (1972) C.A. 706 et *Lessard c. Blanchet*, J.E. 79-499 (C.S.).

64. Voir en ce sens T. GARE, *supra*, note 1, p. 329.

65. Voir par exemple les très récentes restrictions imposées aux pouvoirs des grands-parents en matière d'opposition au mariage et de tutelle, apportées par la loi du 19 janvier 1990 en droit belge.

66. R. JOYAL-POUPART, « La Loi 89 et l'autorité parentale », (1982) 13 *R.G.D.* 105.

adopté par le législateur. En effet, il faut bien constater que la consécration législative d'un droit aussi important n'a pratiquement pas fait l'objet d'études ou de réflexion juridique. Le fondement de ce droit ainsi que ses implications dans le droit de la famille, n'ont jamais été sérieusement analysés avant son adoption législative.

En 1975, le Comité du droit des personnes et de la famille de l'Office de révision du Code civil (O.R.C.C.) formulait des propositions en matière d'autorité parentale⁶⁷. Deux idées force ont inspiré ces propositions : d'une part, l'égalité totale des parents, et, d'autre part le principe selon lequel les droits des parents ne leur sont accordés que pour assurer l'exécution de leurs obligations envers les enfants, ce qui rejoint la conception moderne de l'institution de l'autorité parentale⁶⁸. Le Comité ajoutait que les droits des enfants sont affirmés dans l'esprit de la Déclaration des Nations Unies dans ce domaine⁶⁹. Pas un mot, toutefois sur la question des relations des enfants avec leurs grands-parents. Ce n'est que dans le *Rapport sur le Code civil*, présenté plus tard par l'O.R.C.C.⁷⁰, que l'on retrouve finalement, sans commentaires, le texte suivant à l'article 358 :

Les père et mère ne peuvent sans motifs graves faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents.

À défaut d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le tribunal.

En considération de situations exceptionnelles, le tribunal peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non.

La seule explication accompagnant cette disposition souligne que cet article s'inspire de l'article 371-4 du Code civil français et qu'il est un texte « très souple, (qui) donne au tribunal un pouvoir d'intervention lorsque le bien-être de l'enfant l'exige ». Les rédacteurs du rapport ajoutent : « on a pensé, notamment, au cas où l'enfant est élevé par d'autres personnes que ses propres parents et est ensuite repris par ces derniers ».

Le terme « inspiré » est faible puisqu'il s'agit en fait d'une transcription quasi-littérale de l'article 371-4 al. 1 C.C.F.⁷¹. Or quand on sait toutes les hésitations de la jurisprudence et les débats passionnés de la doctrine française pendant plus d'un siècle avant d'en arriver à l'adoption de cette

67. O.R.C.C., Comité du droit des personnes et de la famille, *Rapport sur la famille, partie II*, Montréal, 1975.

68. *Id.*, p. 34.

69. O.N.U., *Déclaration des droits de l'enfant*, Rés. 1386 (XIV) du 20 novembre 1959.

70. O.R.C.C., *rapport sur le Code civil, vol. I, Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel, 1977.

71. L'article 371-4 al. 1 C.C.F. énonce que « Les père et mère ne peuvent, sauf motif grave, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents [...] ».

disposition, on peut s'étonner de l'absence de réflexion juridique sur la question avant l'instauration d'un droit similaire en droit québécois.

Dans son mémoire sur la réforme du droit de la famille, le Barreau du Québec souscrivait à la consécration des relations privilégiées des enfants avec leurs grands-parents⁷². Par contre, en ce qui concerne les droits des autres tiers prévus dans le 3^e alinéa de l'article 358 (droit de correspondance ou de visite), le Barreau s'y opposait formellement, même en cas de circonstances exceptionnelles⁷³. Étant donné que la première version du projet de loi 89 était muette sur les relations des grands-parents avec leurs petits-enfants, le Barreau réitéra sa recommandation d'inclure une disposition similaire à l'article 358 proposé par l'O.R.C.C. sans toutefois l'étendre aux tiers⁷⁴. Aucune étude ou analyse de cette disposition n'accompagne la recommandation du Barreau puisque le seul commentaire des auteurs du rapport est le suivant :

La sous-commission note qu'il n'existe aucune disposition dans le projet de loi protégeant les droits des grands-parents. En effet, ceux-ci, peuvent être obligés de payer des aliments à leurs petits-enfants, voir à leur entretien et à leur éducation sans jamais avoir la possibilité de les voir. Pour que leurs droits soient protégés, nous proposons l'adoption de l'article ci-contre.

Or c'est précisément l'existence de ce rapport du Barreau, avec ses recommandations, qui a finalement emporté, après un débat de quelques minutes seulement, l'adhésion de l'Assemblée nationale sur la question. En effet, à l'occasion de l'étude article par article à la Commission permanente de la justice, les députés Forget et Lavoie-Roux s'étaient étonnés de l'absence de la disposition portant sur les relations personnelles grands-parents/petits-enfants, pourtant mise de l'avant par l'O.R.C.C. et appuyée en partie par le Barreau⁷⁵. Le ministre de l'époque accepta de l'introduire dans le nouveau Code civil, tout en doutant de l'efficacité de pareille disposition⁷⁶. Quant au 3^e alinéa (droit de visite et de correspondance des

72. BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire à la Commission parlementaire sur la réforme du droit de la famille*, Montréal, 1979.

73. À la p. 73 de son rapport, le Barreau s'exprimait ainsi : « En effet, pour favoriser la stabilité de l'enfant et celle du foyer, il nous est apparu préférable d'abroger ce dernier alinéa. Rien dans le texte que nous proposons n'empêche les parents d'accorder un tel droit à un parent ou à un ami de bonne foi. Cependant, il est préférable, pour éviter des situations conflictuelles, qu'un tel droit ne puisse être accordé judiciairement contre la volonté des parents. »

74. BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire au ministre de la Justice sur la Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille (P.L.89)*, Montréal, 1980.

75. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *supra*, note 9, B-687 à B.-689.

76. *Id.*, ministre L. BÉDARD : « Je ne sais pas si c'est un jugement du tribunal qui va rétablir une situation qui, somme toute, échappe au droit pour l'essentiel ».

tiers), il fut purement et simplement mis de côté, pour le seul motif que le rapport du Barreau en recommandait l'exclusion... On est donc loin des débats, parfois emflammés, occasionnés en France et en Belgique par la question des relations personnelles des enfants avec leurs aïeuls.

1.3.2. Origines de l'article 371-4 C.C.F.

En Belgique, malgré de multiples propositions d'intervention législative⁷⁷, les relations grands-parents/petits-enfants demeurent une construction purement prétorienne et ce, depuis que la Cour de cassation, dans son arrêt du 14 octobre 1915, consacra le droit de visite de grands-parents légitimes⁷⁸.

En France, c'est en 1857 que la Cour de cassation se prononça pour la première fois sur la question⁷⁹. Il faudra plus d'un siècle avant l'adoption de l'article 371-4 C.C. car les auteurs étaient incapables de se mettre d'accord sur le fondement même du droit des grands-parents⁸⁰. Il y eut un premier projet d'intervention législative en 1936, proposé à l'époque par la Société d'études législatives. Cette tentative échoua pour les mêmes raisons⁸¹. En remontant plus loin encore, il est amusant de constater que lors de la séance du Conseil d'État du 26 frimaire an X, Napoléon Bonaparte, alors premier consul, s'était inquiété des droits du grand-père par rapport à ceux du père dans l'éducation des enfants. Il voulait les voir protégés par le nouveau Code civil et demanda « si, lorsqu'un père donne une mauvaise éducation à son fils, l'aïeul sera autorisé à lui en donner une meilleure »⁸². Tronchet répondit à cela que d'une part « le fils n'appartient qu'à son père » et que

77. Voir notamment, J. GERLO, « Voor een wettelijke bekrachtiging van het bezoekreht in België », (1972-1973) *Rechtskundig Weekblad*, col. 1657 ; C. REMON, « Du droit de visite des grands-parents et des tiers », (1980) *Revue régionale de droit M.-T. MEULDERS-KLEIN*, « À propos du droit de visite des grands-parents d'origine en cas de légitimation par adoption et du fondement du droit de visite des tiers en général », (1978) *Rev. not. belge*, 118 ; B. DE CONINCK, « Hoe groot zijn de grootouders of een kritische studie over de veranderende rol van de grootouders in maatschappij en recht », note sous Cass. 4 mars 1976, *IUS*, 1979, 30 s.

78. Cass.b. 14 octobre 1915, *Pas.*, 1915, I, 455 et conclusions du Procureur général Terlinden.

79. Cass, fr. 8 juillet 1857, *S.* 1857, I, 721.

80. Voir A. SAYAG, *supra*, note 8, p. 59 ; G. VINEY, « Du droit de visite », p. 260, dit ceci : « Sans doute il eut été jusqu'à présent prématuré de codifier une matière dont tous les aspects n'avaient pu encore être saisis. Mais aujourd'hui le « droit de visite » paraît avoir atteint une maturité suffisante pour figurer dans nos lois ».

81. M. de JUGLART, « Les droits de puissance paternelle des ascendants », (1938) *Rev. crit. lég. et jurispr.*, p. 410 ; *Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1936, p. 29 s.

82. LOCRE, éd. belge, t. III, p. 314-315, cité par le procureur général TERLINDEN dans ses conclusions de Cassation 14 octobre 1915, *Pas.* 1915, 456.

d'autre part « dans l'état de la discussion, c'es-à-dire lorsqu'on ne faisait que commencer à examiner la matière, il ne fallait pas s'occuper des détails ni décider des questions isolées ; qu'il était préférable d'organiser d'abord un plan d'ensemble fondé sur des bases convenues, sous lesquelles ces diverses questions se trouveront ensuite classées »⁸³. L'histoire nous montre pourtant que la question tomba aux oubliettes !

L'adoption de l'article 371-4, en 1970, se fit sans heurts, mis à part l'intervention de certains parlementaires qui, invoquant le rétrécissement de la famille, voyaient dans ce texte la résurgence d'un esprit patriarcal⁸⁴. En fait, comme nous l'avons souligné, le texte était bien plus la consécration d'une situation jurisprudentielle séculaire. Cela n'empêcha pourtant pas la doctrine de continuer à se diviser sur l'opportunité de l'adoption de cette disposition⁸⁵.

1.3.3. Sociologie des décisions

Dans l'étude sur les relations grands-parents/petits-enfants, il est intéressant de s'arrêter au profil de ceux qui s'adressent aux tribunaux et, de façon plus générale, aux contextes familiaux dans lesquels se situent les conflits. La présente description ne prétend pas être exhaustive mais devrait tout de même donner une image assez précise du sujet puisqu'elle se fonde d'une part sur tous les jugements publiés en la matière au Québec, ainsi que sur 25 autres décisions non-rapportées. Sur les 36 cas ainsi rassemblés, 31 portent directement sur des requêtes en Cour supérieure fondées sur l'article 659 C.C.Q. Dans les 5 autres dossiers, l'article 659 C.C.Q. n'est pas le fondement des requêtes, mais il est invoqué subsidiairement par des grands-parents devant la Cour du Québec, Chambre de la jeunesse, en matière de protection ou d'adoption.

Dans à peu près la moitié de cas (19 sur 36), la requête est présentée par un couple de grands-parents. Lorsqu'un seul grand-parent initie les procédures, il s'agit dans 90 % des cas d'une grand-mère⁸⁶. Ce chiffre semble donc confirmer les études sociologiques qui démontrent l'implication

83. *Id.*

84. V. P. MARCILHARY, J.O. débats, Sénat, 13 mai 1970, p. 386 ; la Commission des lois de l'Assemblée nationale proposa un seul amendement afin de permettre aux parents de fixer eux-mêmes les modalités des relations des grands-parents avec leurs petits-enfants. L'amendement ne fut toutefois pas retenu.

85. Voir, en faveur de l'intervention législative, A. SAYAG, *supra*, note 9, p. 68 ; G. SUTTON, « Le droit des grands-parents aux relations avec leurs petits-enfants », (1972) *J.C.P. I*, 2472 bis ; T. GARE, *supra*, note 1, p. 203 ; *contra* : M. GOBERT, « L'enfant et les adultes », (1971) *J.C.P. I*, 2421.

86. On peut faire une constatation similaire en France. Voir G. SUTTON, *id.*, I, 2504, n° 5.

importante des grands-mères auprès de leurs petits-enfants, que ce soit en contexte de paix ou en contexte de conflits familiaux⁸⁷. Dans 80 % des cas, la requête est dirigée contre un seul parent, soit en raison du décès de l'autre, soit parce que les parents sont divorcés ou séparés. Et dans 72 % des dossiers analysés, l'adversaire est un beau-fils ou une belle-fille. Alors que l'article 659 C.C.Q. semble à première vue destiné à régler des différends familiaux entre parents en ligne directe, l'analyse démontre clairement que cette disposition trouve, au contraire, essentiellement application dans des conflits opposant un père ou une mère à ses beaux-parents⁸⁸. Il s'agit donc essentiellement de conflits entre alliés, voire anciens alliés⁸⁹, ou souvent même entre individus qui, d'un point de vue légal, sont, entre eux, de parfaits étrangers. En effet, dans bien des cas, sinon dans la plupart, le parent qui refuse à ses « beaux-parents » de voir les enfants, vivait en union libre avec le conjoint décédé ou dont il est séparé. Ainsi notre étude révèle que les mésententes entre parents et beaux-parents sont bien souvent la prolongation de disputes entre conjoints qui n'ont pas guéri des séquelles post-divorce ou séparation. Les grands-parents se voient nié tout accès à leurs petits-enfants par un gendre ou une bru qui, après une séparation douloureuse, entend effacer toute trace de son passé conjugal et donc tout lien avec la belle-famille⁹⁰.

Dans les situations de séparation ou de divorce, la position des grands-parents apparaît plus précaire encore lorsque leur propre enfant s'est vu nié son droit d'accès ou qu'il refuse lui-même de l'exercer. Les grands-parents, le cas échéant, ne peuvent plus profiter de l'exercice de ce droit pour entrer eux-mêmes en contact avec les petits-enfants⁹¹. Lorsque leur

87. Voir *supra*, section 1.1.

88. Dans les rares cas où le conflit oppose des grands-parents à leur propre fille ou fils, l'étude des faits révèle des situations exceptionnelles où les querelles sont très anciennes et trouvent une expression nouvelle dans le débat sur l'accès aux petits-enfants.

89. En France une constatation identique est faite par M. GOBERT *supra*, note 85, n° 14. Se basant sur des cas d'espèce qui, depuis 1857, constituent la jurisprudence sur ce problème, cette auteure écrit : « À quelques exceptions près, on devrait parler de beaux-parents plutôt que de grands-parents, le litige naissant le plus souvent à la suite d'un divorce ou d'un décès du père ou de la mère, et parce que le gardien ou le survivant entend couper tout contact entre son enfant et la famille de l'autre, qu'il y ait ou non remariage ».

L'étude de la jurisprudence mène d'ailleurs à la même constatation que les études de psychologie sur la question. Voir en ce sens S. MATTHEWS et J. SPREY. « The impact of divorce on grandparenthood : An exploratory study », (1984) 24 : 1 *Gerontologist* 41, Case Western Reserve Un.

90. Voir par exemple *Anonyme*, C.S. (Québec) 200-04-000821-890, 30 mai 1990, Juge Y. Gagnon.

91. *Droit de la famille-596*, (1989) *R.D.F.* 19 (C.S.).

enfant est le parent-gardien, la question se pose moins car les grands-parents peuvent en principe s'attendre à maintenir le contact avec leurs petits-enfants.

L'autre situation courante est celle où, suite au décès de leur fils ou fille, des grands-parents se voient interdire toutes relations avec leurs petits-enfants, soit parce que ce décès ravive d'anciennes querelles entre parents ou beaux-parents, soit parce que le parent survivant a refait sa vie avec un nouveau conjoint et, de ce fait, désire rompre avec l'ancienne famille⁹², soit encore parce que le parent survivant préfère effacer de sa vie tous ceux qui lui rappellent son conjoint décédé. C'est très clairement le cas dans une cause où une mère, après le décès tragique de son époux, refusa tout contact entre son fils et ses beaux-parents. Le juge L.P. Gali-peau constata que cette mère

[...] essaie, probablement à raison et par mécanisme de défense, de couper tous les liens avec un passé qui ne lui rappelle qu'un mauvais souvenir ; [...] les contacts avec ses beaux-parents ouvre possiblement toute grande une plaie qu'elle voudrait voir se cicatriser. En ce sens, elle a raison et c'est son droit. Mais dans cette démarche, elle associe intimement son fils qui demeure le seul lien avec son époux décédé⁹³.

Nos constatations factuelles, à partir des 36 décisions analysées, rejoignent les conclusions d'une étude ontarienne dans laquelle l'auteure décrit les situations courantes de grands-parents cherchant à obtenir judiciairement le rétablissement des contacts avec leurs petits-enfants⁹⁴ et d'où résulte que les conflits naissent effectivement la plupart du temps à l'occasion de la disparition d'un parent, d'une séparation ou d'un divorce.

L'adoption d'une disposition comme l'article 659 C.C.Q. pouvait-elle faire craindre une flambée de recours des grands-parents devant les instances judiciaires ? En France, lors de l'adoption de l'article 371-4 C.C.F. certaines personnes avaient formulé de telles craintes, remettant même en question le bien fondé de l'adoption de cette disposition légale⁹⁵. Le professeur M. Gobert résumait ainsi ces critiques :

92. Voir par exemple *Anonyme C.S.* (Montréal) 500-04-002626-837, 1^{er} septembre 1983, juge J. Warren et *Anonyme C.S.* (Saguenay) 240-04-000012-84, 11 janvier 1985, juge A. Desmeules. Dans cette cause la preuve avait révélé que l'arrivée d'un nouveau conjoint fut l'élément déclencheur du conflit. À cette effet, notre étude démontre que dans la plupart des cas, le parent qui s'oppose aux contacts avec les grands-parents a effectivement refait sa vie avec un nouveau conjoint.

93. *Droit de la famille-223*, (1985) C.S. 853.

94. B. LANDAU, « Visiting Rights of Grandparents : How to Balance the Best Interests of the Child with the Interests of Parents and Grandparents », (1986) 5 *Can. J. Fam. L.* 181.

95. M. de GRAILLY, J.O. Déb. Ass. nat., 8 avril 1970, p. 857.

[...] l'article 371-4 C.C. demeure, pour nous, inexplicable. Alors que de toutes parts, on insiste sur les dangers de divorces ratés pour les enfants, on vient de consacrer, inconsiderablement mais dans l'euphorie, une voie seconde dont on sait, au départ, qu'elle présentera nécessairement, les mêmes dangers⁹⁶.

L'expérience démontre toutefois que ces craintes n'étaient pas fondées. Alors que dans l'année qui suivit l'adoption de l'article 371-4, le nombre de recours augmenta sensiblement⁹⁷, on constate aujourd'hui que ce contentieux est de faible importance, même si depuis quelques années il semble à nouveau augmenter quelque peu⁹⁸. Les mêmes constatations peuvent se faire au Québec si l'on se fie au nombre de décisions publiées ainsi qu'aux témoignages que nous avons recueillis auprès de juges de la Cour supérieure⁹⁹.

Autre constatation significative : l'étude cas par cas démontre que les recours sont exercés par des grands-parents qui, avant la rupture des relations, entretenaient déjà avec leurs enfants et leurs petits-enfants des liens très étroits. Dans une étude française portant sur 25 cas d'espèce, G. Sutton constatait que dans la majorité des dossiers, les grands-parents aidaient financièrement les enfants et assumaient fréquemment la garde de fait de leurs petits-enfants en bas âge. Dans 6 cas, les grands-parents cohabitaient avec leurs enfants et leurs petits-enfants¹⁰⁰. Notre étude, portant sur 36 dossiers, fait ressortir que dans près de 80 % des cas, le grand-parent entretenait, avec la rupture des relations, des contacts très nombreux avec ses petits-enfants (visites, sorties, séjours des enfants chez les grands-parents). Dans 8 cas, la grand-mère, ou le couple de grands-parents, avait même assumé la garde factuelle du petit-enfant pendant une période de plusieurs mois, voire plusieurs années. On peut donc affirmer que dans les faits l'article 659 C.C.Q. ne crée pas de conflits familiaux nouveaux en imposant la présence de grands-parents inconnus auprès des petits-enfants. Cet article vient plutôt à la rescousse de grands-parents qui

96. M. GOBERT, *supra*, note 85.

97. Durant l'année judiciaire 1971-1972, la seule Chambre de la famille de Paris connut 17 procédures introduites par des grands-parents réclamant le droit de recevoir et héberger un enfant : voir G. SUTTON, *supra*, note 85, 2504 ; G. SUTTON, « Conflits familiaux et dialogues avec les justiciables, (1972) *J.C.P.* I, 2472^{bis}.

98. T. GARE, *supra*, note 1, n° 316 : « Longtemps demeuré stable, le contentieux des relations personnelles semble se développer depuis quelques années. De plus en plus, on voit des grands-parents se renseigner sur leurs droits de visite ».

99. De nombreux juges, qui pourtant siègent régulièrement en Chambre de la famille, n'ont jamais eu à connaître d'une requête basée sur l'article 659 C.C.Q. Plusieurs jugements soulignent le caractère nouveau de cette disposition qui, pourtant, existe depuis bientôt dix ans. On constate, depuis deux ans, une nette augmentation des décisions en la matière.

100. G. SUTTON, *supra*, note 85.

de facto occupaient déjà une place privilégiée auprès de leurs petits-enfants, mais qui se voient évincés à l'occasion de la séparation ou du décès de leur enfant.

Que peut-on conclure de la rareté des décisions portant sur l'article 659 C.C.Q. ? En définitive pas grand chose. Les optimistes pourront y voir la preuve que, tout compte fait, la majorité des personnes âgées vivent en harmonie avec leur descendance. Et c'est sans doute le cas. D'autres diront que cela démontre que les personnes âgées ne connaissent pas leurs recours ou, s'ils les connaissent, renoncent à exercer leurs droits. Les raisons de cette inaction peuvent être nombreuses : coûts des procédures, stress, crainte de vivre des conflits ouverts, caractère aléatoire des procédures, ... Notre étude démontre pourtant que dans 78 % des dossiers, la requête est accordée, totalement ou en partie. Les tribunaux semblent donc en général favorables aux demandes des grands-parents. Malheureusement, la réalité extra-judiciaire est un peu différente. La jurisprudence et l'expérience démontrent en effet, de façon préoccupante, que même lorsqu'un tribunal accorde des droits en vertu de l'article 659 C.C.Q. (que ce soit après enquête et audition ou sur dépôt de convention), la plupart des grands-parents éprouvent par la suite d'énormes difficultés à faire respecter le jugement. Ainsi en est-il de l'affaire qui donna lieu à la première décision publiée en la matière au Québec¹⁰¹. Cette décision est citée régulièrement par les tribunaux comme l'exemple-type de jugement favorable aux grands-parents et d'application correcte des principes énoncés par l'article 659 C.C.Q. Dans ce jugement, les grands-parents obtiennent des droits de sortie. De plus, le tribunal ordonne aux parents de cesser de faire obstacle aux relations normales de leur fille de cinq ans avec les requérants. Dans les faits, ce jugement a été suivi de nombreuses requêtes pour outrage au tribunal à l'encontre des parents. Ces derniers ont déménagé à l'extérieur de la province après avoir entrepris des procédures d'adoption dans le but avoué d'évincer les grands-parents. Après de multiples procédures devant la Cour du Québec et la Cour supérieure (outrage, évocation, modification des droits d'accès, *habeas corpus*¹⁰²), le résultat est que les grands-parents, depuis le jugement qui leur a été favorable, n'ont jamais revu leur petite-fille¹⁰³.

101. *Droit de la famille-151*, (1984) C.S. 706.

102. *Anonyme*, C.S. (Québec) 200-05-001325-83, 17 juin 1983, juge C. Larouche ; *Anonyme*, C.S. (Kamouraska) 250-05-00449-827, 23 décembre 1982, juge H. Walters ; *Anonyme*, C.S. (Hull) 550-04-000143-848, 16 novembre 1984, juge C. B. Major ; *Anonyme*, T.J. (Québec) 200-43-000021-838, 15 mars 1983, juge L. Galipeault-Moisán ; *Anonyme*, C.S. (Kamouraska) 250-04-000009-830, 3 juin 1983, juge H. Walters.

103. Ils ont, de plus, déboursé à peu près 30 000 \$ d'honoraires extra-judiciaires et de frais de cours. Ces renseignements ont été recueillis lors de deux rencontres avec ce couple de grands-parents.

Dans une autre cause où une grand-mère avait obtenu des droits d'accès importants, le jugement fut suivi quelques mois plus tard par une requête de la mère en diminution des droits d'accès¹⁰⁴. Souvent, les juges soulignent eux-mêmes les obstacles que rencontrent, dans les faits, les grands-parents pour faire respecter leurs droits à l'égard de leurs petits-enfants¹⁰⁵. Sur les 36 causes analysées, le résultat est alarmant : dans la majorité des dossiers, les grands-parents ont éprouvé d'énormes difficultés à faire respecter le jugement qui leur est favorable, pour finalement perdre tout contact avec leurs petits-enfants¹⁰⁶.

Dans une cause récente¹⁰⁷, les grands-parents obtiennent des droits de sortie mais doivent mener des procédures d'outrage au tribunal jusqu'en Cour d'appel. Ils ne voient plus l'enfant depuis. Dans une autre affaire¹⁰⁸, où les grands-parents obtiennent également des droits de visite et de sortie, la mère se remarie et fait adopter son enfant. Cette adoption, contre laquelle les grands-parents s'étaient farouchement opposés, met définitivement fin à leurs contacts avec l'enfant, contacts pourtant jugés bénéfiques pour celui-ci dans le jugement sur l'article 659 C.C.Q. Finalement, dans un autre dossier récent¹⁰⁹, la mère interjette immédiatement appel de la décision de la Cour supérieure et la grand-mère accepte finalement une entente réduisant considérablement ses droits d'accès.

Le suivi des jugements concernant l'article 659 C.C.Q. fournit donc de nombreux exemples de l'ineffectivité des décisions de justice en la matière. Face à cette constatation, on ne peut s'empêcher de se rappeler les réticences du ministre de la Justice qui, à l'époque de l'adoption de l'article 659 C.C.Q., mettait en doute l'opportunité de résoudre ce genre de conflits par la voie judiciaire¹¹⁰.

104. Et l'accès fut effectivement restreint : *Anonyme*, C.S. (Québec), *supra*, note 90.

105. Exemples : Dans *Anonyme*, C.S. (Drummond) 405-04-000045-842, 10 avril 1986, juge A. Biron, le tribunal souligne (page 6) que le jugement intérimaire accordant des droits d'accès aux grands-parents n'a jamais été exécuté, parce que les parents s'y opposaient. Dans *Anonyme*, T.J. (Longueuil) 505-41-000211-872 et 505-41-000212-870, 10 avril 1989, juge C. Crête, le tribunal constate que la grand-mère a dû s'adresser à deux reprises à la Cour supérieure pour voir protéger ses relations avec ses petits-enfants.

106. Afin de connaître le sort réservé aux jugements qui accordent des droits aux grands-parents, nous avons fait enquête auprès de la plupart des avocats qui ont représenté les requérants dans les 36 causes retenues.

107. *Anonyme*, C.S. (Québec) 200-04-000105-880, 21 mars 1988, juge L. Doiron.

108. *Droit de la famille-223*, *supra*, note 93, p. 852.

109. *Anonyme*, C.S. (Montréal) 500-04-003161-819, 6 décembre 1989, juge J.R. HANNAN.

110. Voir *supra*, note 76.

2. Le fondement du droit aux relations personnelles

2.1. Le droit français et le droit belge

2.1.1. Vers une théorie du droit de visite

Doctrine et jurisprudence utilisent, en droit belge et français, la terminologie « droit aux relations personnelles » pour désigner « droit de visite ». Or, traditionnellement, les mots droit de visite visent ce que nous appelons de plus en plus au Québec le « droit d'accès », c'est-à-dire les contacts entre adultes et enfants sous toutes leurs formes : visites, sorties, hébergement, séjours prolongés, correspondance, conversations téléphoniques, etc. Les auteurs français et belges privilégient la terminologie droit aux relations personnelles, car elle reflète mieux la diversité que ne le fait le seul mot « visite »¹¹¹. Il est donc clair qu'en droit belge et français, il existe une osmose entre les deux notions et qu'elles visent la même institution.

Le droit des grands-parents aux relations personnelles avec leurs petits-enfants a toujours été considéré par la doctrine et la jurisprudence comme faisant partie de l'institution du droit de visite au sens large. L'analyse du fondement du droit aux relations entre enfants et aïeuls passe donc nécessairement par l'étude, plus vaste, du droit de visite en général. Or il faut souligner que si, en raison du nombre croissant des divorces et des séparations, la question des contacts interpersonnels est de plus en plus d'actualité, la notion même de droit de visite n'est apparue que dans le courant du 19^e siècle ! C'est en vain que l'on rechercherait les traces d'une telle institution en droit romain ou même en droit coutumier¹¹². Par ailleurs, on aurait pu croire que le droit de visite fut instauré pour le bénéfice du parent non-gardien en cas de séparation ou de divorce ou en faveur des deux parents dans le cas de placement de l'enfant auprès d'un tiers. Il n'en est rien. La jurisprudence et la doctrine ont consacré cette institution pour la première fois à l'occasion des débats entourant précisément les relations des grands-parents avec leurs petits-enfants¹¹³. La notion de droit de visite

111. H. DE PAGE, *supra*, note 53, p. 983 ; M.-F. LAMPE-FRANZEN, « Le statut juridique de l'enfant. Des droits de garde et de visite », (1979) *Rev. not. belge* 279.

112. W. DE GROOTE, *Bezoekrecht*, Bruxelles, F. Larcier, 1968, p. 13.

113. En droit belge, le droit de visite des parents a été consacré législativement par la Loi du 1^{er} juillet 1972 qui modifie l'article 1288 du Code judiciaire en prévoyant qu'en cas de divorce par consentement mutuel, les époux doivent s'entendre, notamment, sur les modalités du droit de visite du parent non gardien. En France ce n'est également qu'en 1970 (Loi du 4 juin 1970) que le droit de visite des parents non gardiens se trouve pour la première fois inscrit dans une disposition légale (l'article 373-2 C.C. mentionne le droit de visite en cas de séparation de corps ou de divorce).

est donc née, non pas comme expression de l'autorité paternelle, mais, bien au contraire, comme atteinte à cette même autorité¹¹⁴. Il s'agissait, en effet, de permettre à des tiers de partager en quelque sorte une parcelle d'autorité, ou ce que certains ont aussi nommé « une ombre d'autorité »¹¹⁵.

Même si avec le Code Napoléon, la puissance paternelle ne représentait plus ce pouvoir discrétionnaire, il n'en demeure pas moins que l'autorité appartenait au père et qu'il n'était pas dans les mœurs du 19^e siècle de s'adresser aux tribunaux pour régler les conflits familiaux¹¹⁶. Les tribunaux, lorsque saisis par des grands-parents, refusaient d'ailleurs d'aller à l'encontre de l'opposition du père de famille¹¹⁷.

Une partie de la doctrine, Demolombe en tête, plaidait pour l'instauration d'un droit des grands-parents considérant que le refus paternel constituait dans ce cas un abus révoltant¹¹⁸. Par contre, pour l'école exégétique le droit de visite des grands-parents était exclu parce que d'une part il ajoutait au texte un droit qui n'y figurait pas et que, d'autre part, il allait directement à l'encontre d'un droit qui, lui, y figurait clairement : la puissance paternelle¹¹⁹. C'est le 8 juillet 1857¹²⁰ que la Cour de cassation française, pour la première fois, établit qu'un père ne pouvait, sans motifs graves, s'opposer aux relations personnelles de ses enfants avec leurs grands-parents. Depuis, ce principe n'a plus été remis en question.

En Belgique, c'est par son arrêt du 14 octobre 1915 que la Cour de cassation se prononça en faveur du droit des grands-parents¹²¹. Avant cette décision, les jugements des tribunaux inférieurs étaient contradictoires, quoique de plus en plus favorables aux grands-parents¹²².

114. G. VINEY, *supra*, note 80, p. 240.

115. A. SAYAG, *supra*, note 8, p. 48 et C. NEIRINCK, *supra*, note 10, p. 256.

116. P. GUIHO, « Essai d'une théorie générale du droit de visite », (1951), *Juriclasseur périodique* 963, n° 3.

117. Voir notamment Montpellier, 17 février 1885, *Rec. Dall.*, 1887, 2, 274 ; Paris, 21 avril 1853, *S.* 1853, 2, 297.

118. C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, T. VI, n° 268, cité par P. GUIHO, *supra*, note 116, n° 4 ; voir également DE JUGLART, « Les droits de puissances paternelle », (1938) *Rev. crit.* 383.

119. Voir F. LAURENT, *Principes de droit civil*, T. IV, n°s 268 et 269 ; J. DABIN, « Le droit de visite des grands-parents naturels », note sous cass., 22 septembre 1966, (1966) *Revue critique de jurisprudence belge* 373, 377.

120. Cass. 8 juillet 1857, *D.* 1857, I, 273.

121. Cass. 14 oct. 1915, *Pas.* 1915, I, 455.

122. Contre : civ. Gand, 19 nov. 1877, *Pas.* 1878, III, 278
pour : civ. Bruxelles, 26 déc. 1907, *Pas.* 1908, III, 157 ;
Bruxelles, 22 déc. 1913, *Pas.* 1914, II, 49.

À partir de la volonté exprimée par la doctrine et la jurisprudence d'accorder un statut particulier aux grands-parents et de leur permettre de rester en contact avec leur descendance, il fallait trouver un fondement à ce droit et donc échaffauder une théorie du droit de visite. Car permettre aux tribunaux d'agir en dehors du cadre d'une théorie précise, au cas par cas, entraînait l'insécurité juridique. Plusieurs théories virent le jour et nous les verrons en détail. Cette évolution sur le fondement du droit aux relations personnelles aboutira, aussi bien en droit français que belge, à la constatation qu'il y a d'une part les titulaires d'un droit de visite propre, les parents et les grands-parents, et d'autre part, les titulaires d'un droit de visite virtuel, c'est-à-dire les autres tiers¹²³.

Aujourd'hui, il est clair que le droit de visite des parents trouve son fondement dans l'autorité parentale. Le droit de visite est pour eux le corollaire, l'accessoire du droit de garde¹²⁴. Dans la mesure où il est exercé par le parent non-gardien, ce droit aux relations personnelles procède du devoir d'éducation que ce parent conserve, du moins en partie¹²⁵. Même si le droit de visite suscite de nombreuses difficultés dans son application, il ne pose plus aujourd'hui de problème en droit : il est « corrélatif à l'autorité parentale et ne peut en être dissocié »¹²⁶.

Qu'en est-il du droit des grands-parents ? Il est certain, aujourd'hui, qu'ils ne sont d'aucune façon titulaires de l'autorité parentale et qu'ils n'assument aucune obligation d'éducation. Le droit de visite des grands-parents n'est pas l'accessoire ou la contre-partie du droit de garde¹²⁷. Il faut donc trouver ailleurs le fondement de leur droit. On peut référer ici aussi

123. Voir notamment G. VINEY, *supra*, note 80, p. 224-260.

124. Paris, 15 oct. 1986, *D.* 1986, I. R., p. 484 ; M.-F. LAMPE-FRANZEN, *supra*, note 111, p. 278 : « [...] le droit de garde et le droit de visite ne sont que des éléments—primordiaux, il est vrai—de l'écheveau des droits et obligations qui constituent, au niveau supérieur, l'autorité parentale. »

125. *Répertoire pratique du droit belge*, L'autorité parentale, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 609.

126. C. REMON, *supra*, note 77, p. 7 : « Lorsque les époux vivent séparés, le droit de visite exprime la persistance de l'affection réciproque et permet à celui des auteurs qui n'exerce pas la garde—ou aux deux si l'enfant est confié à un tiers—d'exercer sur l'éducation de l'enfant le droit de surveillance que lui confère l'octroi de l'autorité parentale. » D'autres parleront de « l'exercice de prérogatives parentales » (C. LABRUSSE-RIOUX, *Droit de la famille. I. Les personnes*, Paris, Masson, p. 273) ou « d'attribut relatif à l'autorité parentale » (M.-T. MEULDERS-KLEIN, *supra*, note 77, p. 307). C. PANIER, « Du droit de visite au baby-sitting », (1988) *Jurisprudence de Liège* 279 : « Le droit de visite constitue en quelque sorte l'ersatz incontournable du devoir d'éducation et de surveillance qui continue à peser sur le parent non gardien ».

127. *Contra* : Gent, 22 avril 1982, (1983-1984) *Rechtskundig Weekblad* 94.

bien au droit belge qu'au droit français, car les deux systèmes ont suivi à peu près la même évolution. Il est bien connu que le droit civil français a toujours eu une influence considérable sur le droit belge. La théorie du droit de visite en est un bon exemple. La jurisprudence a suivi, à quelques décennies près, le cheminement de la jurisprudence française. La doctrine française, quant à elle, a également inspiré largement la réflexion juridique en Belgique. La recherche du fondement du droit de visite des grands-parents (et des tiers en général) donna donc lieu à l'élaboration de théories diverses et contradictoires.

2.1.2. La théorie de l'abus de droit

Certains auteurs défendirent l'idée que refuser aux grands-parents d'avoir des relations avec leurs petits-enfants sans motifs graves constituait dans le chef du titulaire de l'autorité parentale un abus de droit¹²⁸. Sans entrer dans les détails, disons que l'abus de droit est un mécanisme jurisprudentiel en vue d'assurer le respect des finalités du système juridique¹²⁹. Le critère de l'abus de droit se trouve dans la « disproportion flagrante entre le préjudice qu'inflige à autrui une certaine manière d'exercer son droit et le profit que ce mode d'exercice procure au titulaire de ce droit »¹³⁰.

Le titulaire de l'autorité parentale peut, en vertu de ce droit (et de ce devoir), interdire à l'enfant d'entretenir des contacts avec certaines personnes. Cela va de soi, car il appartient aux parents d'éloigner des enfants ceux qui pourraient avoir sur eux une influence néfaste. L'expression la plus tangible de l'autorité parentale ne se retrouve-t-elle pas d'ailleurs dans le pouvoir de garder l'enfant chez soi, avec soi ? Mais ce droit, n'est évidemment pas absolu et n'est en définitive que le moyen donné aux parents de remplir leurs devoirs à l'égard des enfants (nourrir, élever, entretenir). Les tenants de cette théorie concluent donc que lorsque ce droit est exercé de façon préjudiciable, il s'agit d'un abus de droit. Les

128. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus de droit*, Paris, Dalloz, 1927, p. 68 s. ; A. ROUAST, « Droits discrétionnaires et droits contrôlés », (1944) *Revue trimestrielle de droit civil* 1 ; M. NAST, note *D.P.* 1930, 2, 111 ; R. DALLANT, note *D.P.* 1930, 91, cité par L. GAROLA-GIUGLARIS, « Le fondement du droit de visiter et d'héberger l'enfant », *D.* 1965, *Chr.* I, p. 2 et ss.

129. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, T. 1, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1977 ; M. TANCELIN, *Des obligations, contrat et responsabilité*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, n° 444.

130. A. de BERSAQUE, « L'abus de droit » (1953) *Recueil critique de jurisprudence belge* p. 285.

tribunaux pourront alors contrôler les motifs du refus parental¹³¹. Cette théorie sous-tend l'arrêt de la Cour de cassation française du 8 juillet 1857¹³², qui accorde aux grands-parents légitimes le droit aux relations personnelles avec leurs petits-enfants en soulignant que l'institution de la puissance paternelle ne peut être détournée de sa fin essentielle, c'est-à-dire l'intérêt de l'enfant.

C'est donc à partir de l'analyse de la puissance paternelle que la doctrine et la jurisprudence dégagèrent, dans un premier temps, le droit aux relations personnelles des grands-parents¹³³. La finalité de la puissance paternelle étant dans le bien de l'enfant¹³⁴, on admettait alors que les grands-parents pouvaient exiger d'entretenir des relations personnelles avec leurs petits-enfants, s'ils démontraient que le refus des parents constituait un abus. Le grand mérite de cette théorie est sans doute d'avoir mis en lumière la véritable nature de la puissance paternelle, institution dont personne ne conteste que la finalité réside effectivement dans l'intérêt de l'enfant.

Malgré ses mérites évidents, la théorie fut critiquée à maints égards. D'abord, d'un point de vue technique il ne peut être question d'un véritable abus de droit lorsqu'on parle de puissance paternelle. En effet, si l'on peut abuser d'un droit qui est dans l'intérêt de son titulaire, « on ne saurait abuser d'un droit qui est dans l'intérêt d'autrui, d'un droit de servir »¹³⁵. Or la puissance paternelle, bien plus qu'un droit, exprime une fonction¹³⁶.

Autre critique, plus importante : cette théorie ne confère aux grands-parents qu'une « espérance » et non un droit¹³⁷. Plusieurs auteurs ont

131. L. GAROLA-GIUGLARIS, *supra*, note 128 écrit : « le contrôle des abus de l'autorité parentale ne suffirait-il pas alors, à lui seul, à justifier les relations des enfants avec d'autres personnes que les parents ? ». Dans ses conclusions, le procureur général TERLINDEN déclarait : « Ce que l'arrêt attaqué condamne et ce contre quoi je m'insurge à mon tour, ce n'est pas la puissance — c'est l'abus incontestable de la puissance paternelle. Dès qu'il y a abus de droit, en ce sens que la puissance paternelle, organisée en faveur de l'enfant, se retourne contre l'enfant, l'intervention du juge devient légitime [...] ».

132. D. 1857, I, 273.

133. C. REMON, *supra*, note 77, p. 14-15.

134. J. DABIN, *Le contrôle de la puissance paternelle en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 1947.

135. J. DABIN, « Le contrôle de la puissance paternelle », (1947) *Journal de Tribunaux* 17.

136. J. DABIN, « Le droit de visite des grands-parents naturels », note sous cass. 22 sept. 1966, (1966) *Recueil critique de jurisprudence belge*, p. 373 s.

137. Voir notamment L. GAROLA-GIUGLARIS, *supra*, note 128 : « Dans une telle optique qui prend en considération uniquement l'intérêt de l'enfant, seule la personne investie du droit de garde a un véritable droit, les personnes qui prétendent visiter l'enfant n'ont que de simples espérances, espérances de ne pas se voir opposer par le titulaire du droit de garde un refus assorti d'un motif légitime. »

également critiqué cette théorie, car elle ouvrait la porte à tous les tiers qui pouvaient justifier des liens d'affection avec l'enfant, alors que pour ces auteurs, le droit de visite est une institution d'esprit essentiellement familial. Or la théorie de l'abus de droit ne tient pas compte de cet élément familial¹³⁸. En effet, affirmer que le droit de visite a pour finalité le seul intérêt de l'enfant, pourrait aboutir à permettre à des étrangers d'intervenir dans les relations familiales, ce qui, pour l'époque, était inacceptable.

On reprocha également aux tenants de la théorie de l'abus de droit de soutenir qu'il est *a priori* dans l'intérêt de l'enfant d'avoir des contacts avec ses grands-parents. Or il est certain qu'une fois le conflit devant les tribunaux, l'enfant se trouve au milieu d'une guerre judiciaire, ce qui n'est pas nécessairement dans son intérêt. Les détracteurs de la théorie de l'abus de droit s'appuyaient d'ailleurs sur la jurisprudence pour démontrer que les tribunaux, dans le débat sur le droit de visite, viennent au secours des grands-parents bien plus que des petits-enfants. On peut même, à notre sens, affirmer sans hésitation, que la jurisprudence ne mettait pas l'intérêt des enfants au centre de ses préoccupations. Il suffit, pour s'en convaincre, de rappeler que les tribunaux accordaient (en France) depuis 1857 des droits de visite aux grands-parents, en estimant que cela était dans la nature des choses. Or jusqu'à très récemment, ces mêmes tribunaux refusaient un droit de visite au parent non-gardien quand les époux étaient séparés de fait¹³⁹. Un auteur déclarait à ce sujet en 1965 :

On peut [...] fortement hésiter à reconnaître au « séparé de fait » un titre aux visites. N'a-t-il pas le devoir de vivre au foyer commun ? Son intérêt à revendiquer des contacts avec l'enfant n'est donc pas légitime. Par ailleurs, l'admission à son profit d'un droit de visiter et même d'héberger l'enfant aboutirait pratiquement à institutionaliser la séparation de fait que notre Droit prohibe en principe¹⁴⁰.

Avec cette théorie, la qualité du demandeur importe peu, puisque les grands-parents n'ont pas un droit propre. Le père pourrait donc invoquer n'importe quelle raison ayant un rapport avec l'intérêt de l'enfant, et non pas de motifs graves, pour faire échec à la prétention qu'il abuse de ses droits. Or la jurisprudence exige qu'il fasse preuve de motifs graves justifiant son refus. C'est donc dire que les grands-parents ont un droit propre aux relations personnelles. On reprochait donc à la théorie de ne pas coller

138. Voir P. GUIHO, *supra*, note 116 et W. DE GROOTE, *supra*, note 112.

139. Voir notamment Civ. 1 avril 1963, D. 1963, Som. 98 ; Paris, 1^o ch. supp., 21 février 1964, J.C.P. 1964, 13629, note A. ROUAST ; quant à la possibilité pour le concubin séparé d'avoir un droit de visite, L. GAROLA-GIUGLARIS écrit ceci : « Fallait-il avilir encore (l'institution familiale) par un droit de visite largement ouvert à tous les parents ? », *supra*, note 128, p. 3.

140. G. VINEY, *supra*, note 80, p. 237.

à la jurisprudence établie, en mettant de côté l'intérêt des grands-parents pour ne retenir que celui des enfants.

Finalement, la grande différence entre la théorie de l'abus de droit et celle du droit propre, en est une de fardeau de preuve : dans la première, il appartient aux grands-parents de démontrer l'abus, alors que dans l'autre, les père et mère auront la charge de motiver leur refus. Mais il convient de ne pas exagérer l'importance de cette différence¹⁴¹. L'arrêt de la Cour de cassation belge du 14 octobre 1915 fait d'ailleurs une harmonieuse combinaison des deux en affirmant le droit propre des grands-parents, tout en soulignant que le refus paternel constituait un abus et que le critère primordial, dans ce débat, se trouve dans l'intérêt de l'enfant.

Malgré ses mérites, la théorie fut donc abandonnée au profit de celle du droit propre appartenant aux grands-parents. Toutefois, l'attrait de la théorie de l'abus de droit demeura fort puisqu'elle fut adoptée, plus tard, pour fonder le droit de visite des autres tiers¹⁴². En Belgique, certains tribunaux invoquaient cette théorie, encore récemment, dans des causes qui opposaient grands-parents et parents, en renversant le fardeau de la preuve pour le faire supporter par les grands-parents¹⁴³.

En admettant, comme c'est le cas, que les grands-parents sont titulaires d'un droit propre aux relations personnelles avec leurs petits-enfants, encore faut-il trouver un fondement à ce droit. Plusieurs théories furent donc élaborées par la doctrine, car la jurisprudence des cours de cassation française et belge, tout en affirmant l'existence d'un droit propre des grands-parents, n'en ont jamais défini le fondement de façon claire.

2.1.3. La théorie du droit propre et ses différentes justifications

2.1.3.1. L'article 371 C.C.F.

Afin de justifier légalement le principe d'un droit propre des grands-parents, alors que la loi était muette à ce sujet, la jurisprudence et la doctrine ont fait appel à diverses dispositions du Code civil, parfois même de façon assez surprenante, comme ce fut le cas de l'article 371 C.civ. Cette

141. J. DABIN soulignait à ce propos que « la distinction n'est que dans les points de vue : d'un côté les père et mère tenus, vis-à-vis de leurs enfants, de l'obligation de leur laisser visiter leurs grands-parents ; de l'autre, les grands-parents investis, vis-à-vis des père et mère, d'un droit à la visite de leurs petits-enfants » *supra*, note 136, p. 383.

142. Voir *infra*, la section 3.

143. En ce sens : Bruxelles, 7 novembre 1973, *Pas.* 1974, III, 48. Il s'agit toutefois de décisions isolées et non conformes à la jurisprudence constante de la Cour de cassation.

disposition édicte que « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère » (l'équivalent de l'article 645 C.C.Q.).

La doctrine ancienne avait étendu cette disposition aux autres ascendants¹⁴⁴. Les tribunaux ont invoqué l'article 371 comme un des fondements du droit des grands-parents¹⁴⁵ : ils estimaient que le respect ne pouvait s'exprimer que si les petits-enfants connaissent leurs grands-parents et qu'ils ne peuvent les connaître que s'ils ont avec eux des relations personnelles effectives.

Autre conséquence tirée par la jurisprudence de l'article 371 : le fait pour un père ou une mère de refuser les contacts entre grands-parents et petits-enfants, constitue dans le chef des parents un manquement à leur propre devoir de respect à l'égard des aïeuls. C'est ainsi que la Cour de cassation belge soulignait que refuser les contacts « serait non seulement ne pas donner l'exemple de la pratique de cette maxime (l'article 371), mais la violer que de permettre à un fils d'empêcher par sa seule volonté, sans fournir une justification quelconque, tout rapport entre l'auteur de ses jours et ses propres descendants »¹⁴⁶.

Cette théorie trouva des défenseurs dans la doctrine¹⁴⁷. Mais elle fut pourtant abandonnée pour plusieurs raisons. D'une part, parce que l'extension des mots « père et mère » aux autres ascendants était évidemment injustifiée car il ne faut pas ajouter à un texte clair¹⁴⁸. D'autre part, l'article 371 ne vise, dans le chef des enfants, qu'un droit moral¹⁴⁹. Par

144. Voir notamment TERLINDEN, conclusions de cassation, *supra*, note 82, p. 458 : l'auteur voit dans cet article une limite imposée par la loi à la puissance paternelle, tant en ce qui concerne le pouvoir du père sur ses enfants, qu'en ce qui concerne les devoirs de ceux-ci envers leurs ascendants en soulignant que « l'article 371 éclaire le Code entier et (qu') il est inséparable de toutes les dispositions qui règlent les rapports entre les ascendants et descendants ».

145. L'arrêt de la Cour de cassation française du 8 juillet 1857 déclarait que « Les pouvoirs du père ne sauraient être absolus lorsqu'il s'agit des membres de sa famille auxquels l'enfant doit honneur et respect, en vertu de l'article 371 C.civ. » Les arrêts de la Cour de cassation belge du 14 octobre 1915 (cité *supra*, note 82) et du 25 septembre 1930 (*Pas.* 1930, I, 310) sont au même effet.

146. Cass.b. 14 octobre 1915, *id.*, note 82, p. 460.

147. Voir par exemple A. SAYAG, *supra*, note 8, p. 57.

148. J. DABIN, *supra*, note 136, p. 379.

149. W. DE GROOTE, *supra*, note 112, n° 19. Dans certains pays où le droit des grands-parents aux relations personnelles avec leurs petits-enfants est consacré légalement, la loi prévoit également une obligation morale à l'égard des grands-parents. Ainsi en est-il en Bulgarie où l'article 70 du Code de la famille édicte : « Les petits-enfants doivent respect à leurs grands-parents et les aider » : K. TZONTCHEV, *Rapport bulgare de droit judiciaire*, dans *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, Travaux de l'Association H. Capitant, Tome XXXIX, Paris, Economica, 1990, p. 663.

ailleurs, en admettant que l'article 371 puisse viser les grands-parents, il n'empêche que le respect n'implique pas nécessairement que l'on soit toujours d'accord avec le principe des relations entre grands-parents et petits-enfants. En effet, dans bien des cas les parents peuvent avoir d'excellents motifs pour s'opposer à ces contacts. Un auteur apporte une critique supplémentaire intéressante en rappelant que, dans la plupart des cas, le conflit oppose un parent, non pas à ses propres parents, mais à ses beaux-parents. Par conséquent, l'article 371, qui ne vise que les parents et non les alliés, ne peut trouver application¹⁵⁰. Aujourd'hui, cette théorie, comme fondement du droit des grands-parents, est totalement abandonnée.

2.1.3.2. La position privilégiée des aïeuls en droit civil

La doctrine et la jurisprudence ont également vu, dans la place qu'occupaient les grands-parents en droit civil, le véritable fondement de leur droit aux relations personnelles. Cette théorie trouve encore des adeptes aujourd'hui. Le fait que les grands-parents puissent intervenir en matière de consentement et d'opposition au mariage, de tutelle ou de donations, peut en effet démontrer que le législateur reconnaissait implicitement l'existence de liens d'affection et de respect entre grands-parents et petits-enfants¹⁵¹. Et on peut effectivement comprendre que les tribunaux français et belges aient été enclins à adopter un comportement favorable aux grands-parents quand on voit à quel point ceux-ci occupaient déjà une place importante dans ces systèmes juridiques, contrairement à la place qui leur est faite en droit québécois¹⁵².

Les pouvoirs des grands-parents ne seraient, selon certains, que l'expression d'une autorité parentale parallèle dont les grands-parents seraient investis. Une certaine doctrine de l'époque voyait en effet dans les pouvoirs des grands-parents (mariage, tutelle) l'expression d'une puissance paternelle autonome. S'il est clair, aujourd'hui, que les grands-parents ne sont pas titulaires de pareille autorité, on peut toutefois comprendre que le caractère exorbitant de leurs pouvoirs aient amené certains auteurs à y voir une autorité, sinon autonome du moins supplétive. L'étude du droit français et du droit belge démontre d'ailleurs que la notion d'autorité parentale est souvent présentée dans ses deux dimensions : d'une part l'autorité au sens strict, c'est-à-dire celle qui comprend l'autorité sur la personne, l'administration légale et la jouissance légale ; d'autre part, l'autorité au sens large qui inclurait des « attributs éloignés » pouvant

150. P. GUIHO, *supra*, note 116, n° 14.

151. En ce sens, Cass.b. 14 octobre 1915, *supra*, note 82.

152. Voir *supra*, la section concernant l'importance juridique des grands-parents (1.2.).

appartenir aux aïeux ou survivant à la majorité, tels que le droit de requérir l'émancipation, de consentir au mariage, d'être tuteur légal, etc.¹⁵³. Mais le caractère supplétif, et somme toute assez théorique, de ces pouvoirs, devrait nous amener à parler non pas d'une autorité autonome, mais plutôt de l'exercice de « droits voisins » de ceux qui découlent de l'autorité parentale¹⁵⁴.

D'autres ont parlé d'une « ombre d'autorité »¹⁵⁵. L'image exprime assez bien la place secondaire, diffuse mais pourtant bien présente, qu'occupent actuellement les grands-parents en droit de la famille français et belge. La diversité de la terminologie, utilisée par la doctrine, démontre d'ailleurs la difficulté à saisir le rôle exact des grands-parents par rapport à celui des père et mère au sein de la famille moderne. Ainsi un auteur parle des « îlots de pouvoir » qui éclairent la situation particulière et intermédiaire des ascendants dans le droit de la famille et qui créent un « reflet atténué de la puissance paternelle » qui fait presque d'eux de « subrogés-parents »¹⁵⁶.

Avant même l'intervention de la Cour de cassation en 1857, Demolombe plaidait déjà pour l'instauration d'un droit de visite en faveur des grands-parents, voyant en cela la conséquence naturelle d'une puissance paternelle au sens large dans laquelle s'inscrivent les liens entre grands-parents et petits-enfants¹⁵⁷. Jusqu'à récemment, cette théorie trouvait encore écho auprès d'une partie de la doctrine¹⁵⁸. Mais l'affirmation de l'existence d'une autorité autonome des grands-parents était excessive et elle fut abandonnée car elle n'était tout simplement pas prévue dans la loi. De plus, étant donné que le droit aux relations personnelles est reconnu à ceux qui n'exercent pas l'autorité parentale et qui risquent, au contraire, de se voir interdire tout contact avec l'enfant par le titulaire de l'autorité parentale, il semble difficile d'asseoir ce même droit de visite sur une autorité parallèle qu'exerceraient effectivement les grands-parents¹⁵⁹.

De façon plus modérée, le droit de visite des grands-parents a aussi été présenté comme un démembrement du droit de garde. Dans son arrêt

153. *Répertoire pratique de droit belge*, *supra*, note 125, p. 603.

154. M.-F. LAMPE-FRANZEN, *supra*, note 111, p. 279.

155. C. NEIRINCK, *supra*, note 10, p. 256.

156. A. SAYAG, *supra*, note 8, p. 48, 65.

157. C. DEMOLOMBE, *Cours du Code Napoléon*, 1850, T. VI, n° 395, cité par J. DABIN, *supra*, note 136, p. 377.

158. Ainsi L. GAROLA-GIUGLARIS, *supra*, note 128, p. 7, note ceci : « Ne devrait-on pas aller plus loin et leur reconnaître une puissance paternelle autonome qui serait le fondement de leur droit de visite et d'hébergement, correspondant au droit de garde des père et mère fondé sur leur puissance paternelle ? »

159. Voir en ce sens T. GARE, *supra*, note 1, p. 209.

du 18 décembre 1950, la Cour de cassation belge déclare « qu'en effet, pendant l'exercice du droit de visite, le titulaire de celui-ci exerce temporairement une partie du droit, et assume temporairement certaines obligations, de la personne à qui est confiée la garde de l'enfant »¹⁶⁰. La cour confondait ainsi la finalité de ces deux droits. Le droit de garde permet essentiellement d'accomplir le devoir général d'éducation. Par contre, le droit de visite des grands-parents n'a pour but que l'épanouissement de l'affection réciproque. Le droit de visite confère au visiteur toutes les prérogatives nécessaires à la manifestation de ses sentiments, mais seulement celles-là. Par conséquent, ce droit n'est pas relatif à la protection ou à la direction de l'enfant, mais est « de nature purement affective »¹⁶¹. Le but éducatif du droit de garde démontre bien que le droit de visite des personnes autres que les parents, ne peut en être une composante¹⁶². Au contraire, il peut plutôt être considéré comme une entrave, une limite au droit de garde et, de façon plus générale, à l'autorité parentale¹⁶³.

La jurisprudence française a également associé, à plusieurs reprises, droit de visite et droit de garde¹⁶⁴. Toutefois, il ne faut sans doute pas attacher trop d'importance à ce rapprochement, dans le cadre d'une théorie du droit de visite. En effet, les arrêts, qui ont affirmé que le droit de visite des grands-parents était un démembrement du droit de garde, ne semblent pas avoir voulu échauffauder par là une nouvelle théorie. Le but de cette argumentation était en fait d'ordre pratique : il s'agissait de permettre l'application, au droit de visite, des dispositions du Code pénal en matière de non-représentation d'enfant, alors qu'en principe celles-ci ne concernent que le droit de garde. C'est ainsi que l'arrêt du 18 décembre 1950 de la Cour de cassation belge affirme que le tribunal de première instance, en accordant des droits de visite aux grands-parents, « a partant statué sur la garde de l'enfant au sens de l'article 1^{er} de la loi du 20 juillet 1927 »¹⁶⁵.

Dans la perspective d'un droit propre, certains auteurs ont soutenu qu'il ne s'agirait pas d'un droit subjectif, c'est-à-dire conféré dans l'intérêt

160. Cass.b. 18 décembre 1950, *Pas.* 1951, I, 257.

161. G. VINEY, *supra*, note 80, p. 225.

162. Voir *infra* le chapitre sur les modalités et les limites du droit aux relations personnelles (4.).

163. Voir en ce sens, cass.b. 11 mai 1984, *Pas.* 1984, I, 1110. La cour rappelle que le droit des grands-parents est un droit autonome mais qui porte atteinte au droit de garde.

164. Voir entre autres la jurisprudence citée par G. VINEY, *supra*, note 80.

165. Cass.b. 18 décembre 1950, *supra*, note 160, p. 9. La loi du 20 juillet 1927 introduit l'article 369^{bis} du Code pénal qui crée le délit de non-représentation. Une argumentation identique fut adoptée en France en ce qui concerne l'article 357 du Code pénal, sans autre but que de protéger les droits des visiteurs.

de son titulaire, mais d'un droit objectif. Le droit aux relations personnelles ne serait pour les grands-parents qu'une fonction qui leur permettrait de remplir leurs devoirs au sein de l'institution familiale¹⁶⁶. Et cette fonction ne pourrait être efficace que pour autant que l'on permette aux grands-parents d'avoir des relations étroites et affectueuses avec l'enfant lui-même. Dans cette perspective le droit aux relations personnelles est nécessairement réservé aux parents qui ont une fonction affective dans la famille : le père, la mère et les grands-parents. Cette argumentation ne tient pourtant pas compte du fait que les grands-parents n'ont juridiquement aucun devoir (ni droit) de conseil. Si ce devoir existe, il ne peut être que d'ordre moral et ne peut donc certainement pas fonder un droit subjectif ni même objectif aux relations personnelles¹⁶⁷. C'est la raison pour laquelle la doctrine belge critiqua la jurisprudence de la Cour de cassation qui laissait entendre que la loi donne implicitement aux grands-parents le devoir de conseiller, voire de surveiller leurs petits-enfants en les entourant de leur affection, qui implique un droit propre aux relations personnelles¹⁶⁸. Le premier arrêt français sur la question allait dans le même sens lorsqu'il décidait qu'il « y a entre des enfants et leurs ascendants une réciprocité d'intérêts et de liens, de droits et de devoirs, qui ont leur principe dans la nature et leur sanction dans la loi civile elle-même »¹⁶⁹. Ce qui fit dire à un auteur que les grands-parents ont non seulement le droit, mais le devoir de s'intéresser à l'enfant et de le recevoir lorsqu'ils ne vivent pas avec lui¹⁷⁰. C'est, nous l'avons vu, confondre le droit et la morale.

Finalement, un autre argument, tiré également de la place des grands-parents dans le droit de la famille, a eu un certain succès. On pourrait le qualifier d'argument de la rétribution : puisque la loi impose aux grands-parents une obligation alimentaire à l'égard de leurs descendants, il n'est que normal qu'ils puissent recevoir quelque chose en retour. Et cette rétribution, en l'occurrence, c'est le droit d'entretenir des relations personnelles avec leurs « créanciers » potentiels. La Cour de cassation belge allait

166. Ainsi L. CAROLA-GIUGLARIS, *supra*, note 128, p. 7, écrit « qu'en définitive, ils (les grands-parents) exercent dans la famille une magistrature, c'est-à-dire une fonction, fonction de conseil et d'appui moral du vivant des parents qui doivent respect à leurs avis, fonction effective d'autorité dans le cas d'absence et de disparition des parents ».

167. En ce sens, W. DE GROOTE, *supra*, note 112, n° 19.

168. Cass.b. 14 octobre 1915, *supra*, note 82, et J. DABIN, *supra*, note 136, p. 383. Ce dernier arrêt établissant que « les ascendants (ont) l'obligation de s'intéresser à leurs descendants » et que cela impliquait au profit des grands-parents « le droit de les connaître, de les protéger et d'exercer sur eux l'influence que l'affection et le dévouement leur dictent ».

169. Cass.fr. 8 juillet 1857, *D.* 1857, I, 273.

170. P. GUIHO, *supra*, note 116.

en ce sens en rappelant qu'il existe entre ascendants et descendants, notamment, une dette alimentaire réciproque et « qu'on ne peut concevoir un ensemble d'obligations vis-à-vis d'une personne sans qu'il existe, à titre de réciprocité nécessaire, un minimum de droits à son égard »¹⁷¹. En France, également, certaines décisions fondèrent le droit de visite sur l'obligation alimentaire¹⁷². Mais l'idée d'un monnayage sur le plan affectif, avait quelque chose de choquant¹⁷³ et cette tendance jurisprudentielle fut abandonnée¹⁷⁴.

2.1.3.3. La parenté comme fondement du droit

Finalement, l'ensemble de la jurisprudence et de la doctrine belge et française reconnaît aujourd'hui, dans sa grande majorité, que le véritable fondement du droit aux relations personnelles, droit propre des grands-parents, réside dans le lien de parenté qui relie ceux-ci aux petits-enfants. Déjà en 1915, la Cour de cassation déclarait que ce droit des aïeuls dérive de la « loi naturelle » et est « conforme à l'ordre des choses »¹⁷⁵. En 1930, le même tribunal confirmait que les grands-parents tiennent ces droits « de la nature »¹⁷⁶ et, en 1966, que le fondement devait être trouvé dans « les relations d'affection, de respect et de dévouement, dues à la communauté de sang »¹⁷⁷. À défaut de texte, c'est donc le lien de parenté biologique qui justifie le droit aux relations personnelles. À ce lien s'est ajouté ensuite celui de la parenté strictement légale pour pouvoir y inclure les grands-parents d'adoption, c'est-à-dire les parents de l'adoptant¹⁷⁸. En droit belge, ce fondement a été réaffirmé en 1976 par un arrêt de la Cour de cassation, qui dans la lignée des arrêts de 1915, 1930 et 1968, fait un pas de plus en faveur des ascendants, en affirmant que les grands-parents gardent ce droit en cas d'adoption plénière du petit-enfant¹⁷⁹. Le lien de parenté, compris

171. Cass.b. 14 octobre 1915, *supra*, note 82, p. 459.

172. Notamment Paris 4 juin 1954, *J.C.P.* 1954, 8343, note J. SAVATIER.

173. G. VINEY, *supra*, note 80, p. 236.

174. Notamment Lyon, 17 octobre 1963, *D.* 1964, 254.

175. Cass.b. 14 octobre 1915, *supra*, note 82, p. 460.

176. Cass.b. 25 septembre 1930, *supra*, note 145, p. 310.

177. J. DABIN, *supra*, note 136, p. 375.

178. Voir *infra* le chapitre sur les titulaires du droit (3.). Voir également J. DABIN, *supra*, note 136, p. 384. Cet auteur souligne qu'il s'agit d'un des rares exemples d'un recours aussi net, par la jurisprudence, au droit naturel pour suppléer, voire ajouter, à la loi civile.

179. Cass.b. 4 mars 1976, *J.T.*, 1977, 455. Voir *infra* la section sur les grands-parents d'origine comme titulaires d'un droit aux relations personnelles. (3.3.).

dans un sens large, devient ainsi, en droit belge¹⁸⁰, le fondement du droit aux relations personnelles.

Le lien de parenté, et les liens d'affection inhérents, sont également retenus par la doctrine et la jurisprudence française comme véritable fondement du droit des grands-parents¹⁸¹. Dans son premier arrêt sur la question, la Cour de cassation française reconnaissait d'ailleurs déjà que les grands-parents disposaient, *jure sanguinis*, d'une prérogative spécifique¹⁸².

L'adoption de l'article 371-4 C.C.F. consacre définitivement le principe du droit subjectif propre aux grands-parents, donnant à ceux-ci des prérogatives privilégiées¹⁸³. L'existence de relations personnelles entre grands-parents et petits-enfants est donc le principe, et le refus doit être l'exception¹⁸⁴.

2.1.4. La théorie de l'intérêt de l'enfant

Malgré tout, une certaine doctrine continue à voir dans la notion d'intérêt de l'enfant le véritable fondement du droit des grands-parents. Certains auteurs ont même soutenu que l'enfant pourrait avoir un droit propre aux relations personnelles avec ses grands-parents. Ce droit serait normalement exercé par les parents en raison de l'incapacité du mineur. Mais dans les cas où les parents refusent les contacts, ils négligeraient ainsi d'exercer ce droit au nom de l'enfant et les grands-parents pourraient alors « représenter » les enfants¹⁸⁵. Une auteure souligne que la reconnaissance du droit de visite doit s'examiner sous deux angles différents : celui de la recevabilité de la prétention et celui de son fondement¹⁸⁶. Une prétention à

180. Nous verrons dans le chapitre sur les titulaires du droit, que le droit français ne va pas aussi loin dans la définition de la « parenté » comme fondement du droit de visite des ascendants.

181. G. VINEY, *supra*, note 80, p. 236 ; Cass.fr. 22 mars 1961, *D.*, 521, note R. SAVATIER ; Cass.fr. 3 janvier 1964, *J.C.P.* 1964, 13521, note A. ROUAST ; Cass.fr. 2 juin 1964, *D.* 1964, 561 ; L. GAROLA-GIUGLARIS, *supra*, note 128, p. 3, écrit que « le fondement profond de ce droit est bien dans la parenté ».

182. Cass.fr. 8 juillet 1857, *S.* 1857, I, 721 ; A. SAYAG, *supra*, note 8, p. 56.

183. C. COLOMBET écrit « du moins était-il bon qu'un droit naturel fit désormais partie du droit positif », dans « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale », *D.*, 1971, *chr.* 1. ; l'étude des travaux parlementaires démontre d'ailleurs que l'intention du législateur était bien de consacrer ce droit fondé sur la parenté et la nature même des choses ; voir TISSERAND, *J.O. débats Ass. nat.*, 8 avril 1970, p. 810.

184. A. WEILL et F. TERRE, *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, Précis Dalloz, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1983, p. 746 s.

185. W. DE GROOTE, *supra*, note 112, p. 22.

186. M.-F. LAMPE-FRANZEN, note sous civ. Bruxelles, 1^{er} mars 1977, (1980) *Revue trimestrielle de droit familial* 89.

un droit de visite serait alors recevable pour autant que soit démontré le lien de parenté, de droit ou de fait. Le fondement, quant à lui, se trouverait dans le bénéfice que l'enfant retirera de ces contacts. Et cet intérêt serait présumé dans les rapports de l'enfant avec ses parents et ses grands-parents.

C'est là, selon nous, confondre le fondement du droit avec les critères qui devront présider à sa mise en œuvre. L'intérêt de l'enfant est, bien entendu, le critère principal, celui qui doit finalement l'emporter face aux droits des grands-parents et à ceux du titulaire de l'autorité parentale. Mais il paraît clair que l'intérêt de l'enfant ne constitue pas le fondement du droit aux relations personnelles avec les grands-parents¹⁸⁷. Admettre le contraire reviendrait à faire du mineur le véritable bénéficiaire de ce droit. Geneviève Viney écrit à ce propos :

On ne pourrait plus parler du droit d'entretenir des relations personnelles avec un enfant, mais du droit de l'enfant d'entretenir des relations avec autrui. Le « visiteur » ou le gardien serait alors débiteur d'une obligation dont l'enfant serait créancier. Cette théorie ne correspondrait certainement pas au droit positif.

[...] l'enfant n'a aucun moyen d'imposer les visites ni à son gardien ni à celui dont il les revendique.¹⁸⁸

Cette solution s'impose à la lumière de la jurisprudence des cours de cassation française et belge qui, comme nous l'avons vu plus haut, accordent aux grands-parents des prérogatives propres, fondées sur leurs liens de parenté. Le droit des grands-parents existe indépendamment de l'intérêt de l'enfant, dont, par ailleurs, les tribunaux tiendront compte lorsqu'il s'agira d'appliquer ce droit. Un raisonnement identique doit s'appliquer au droit québécois.

2.2. Le droit québécois

On pourrait objecter que la question du fondement du droit aux relations personnelles entre grands-parents et petits-enfants au Québec est purement académique puisque ce droit n'existe que depuis l'adoption de l'article 659 C.C.Q. Le fondement du droit serait à trouver tout simplement dans la nouvelle disposition. Toutefois, l'objection ne tient plus à partir du moment où le texte de l'article 659 C.C.Q. est ambigu sur le ratio et la nature du droit qu'il confère. Il devient donc pertinent de s'interroger sur le véritable fondement de ce droit, au-delà du texte. Or la jurisprudence est vague, parfois même contradictoire, à ce sujet. Rares sont les décisions qui

187. En ce sens, voir T. GARE, *supra*, note 1, p. 211 ; C. NEIRINCK, *supra*, note 10 p. 331, G. VINEY, *supra*, note 80, p. 231 ; M.-T. MEULDERS-KLEIN, *supra*, note 77, p. 118 s. ; W. DELVA, « Ouderlijke rechten », *Tijdschrift voor Privaatrecht* (1975) 279.

188. G. VINEY, *supra*, note 80, p. 231.

se penchent directement sur la question du fondement du droit. La plupart des jugements analysés affirment que l'article 659 C.C.Q. confère un droit propre aux grands-parents¹⁸⁹, ce qui nous paraît tout à fait exact¹⁹⁰.

Par conséquent, l'accès des grands-parents à leurs petits-enfants doit être la règle¹⁹¹. Dans un jugement de 1985, la Cour supérieure déclare que l'article 659 C.C.Q. consacre le principe naturel en vertu duquel il doit exister des relations entre grands-parents et petits-enfants¹⁹².

189. *Anonyme*, C.S. (Montréal) 500-12-124960-836, 23 janvier 1984, juge J. WARREN ; *Droit de la famille*—289, (1986) R.J.Q. 1714 ; *Anonyme*, T.J. (Bedford) 460-43-000013-850, 25 septembre 1987, juge P. DORION ; *Anonyme*, C.S. (Québec) 200-04-000137-883, 28 mars 1988, juge R. GOODWINN ; *Anonyme*, C.S. (Chicoutimi) 150-04-000128-905, 12 juin 1990, juge G. HARVEY.

190. Il est intéressant de noter qu'en common law, les grands-parents qui désiraient maintenir des contacts avec leurs petits-enfants en cas de refus des parents, n'avaient d'autre possibilité que de demander la garde, ce qui n'était possible que dans des cas exceptionnels (voir à ce sujet B. LANDAU, « Visiting Rights of Grandparent : How to Balance the Best Interests of the Child with the Interests of Parent and Grandparents », (1986) 5 *Can. J. Fam. L.* 181 et P. BORZI, « Statutory Visitation Rights of Grandparents : One Step Closer to the Best Interests of the Child », (1977) 26 *Cath. Un. L. Rev.* 387). Dans les années 1970-1980, la plupart des états américains et des provinces canadiennes anglaises ont adopté des dispositions légales protégeant les droits de visite des grands-parents. Ces législations ont bien entendu des contenus différents mais ont comme dénominateur commun que le test utilisé est celui de l'intérêt de l'enfant et non pas celui des grands-parents. Par conséquent, ce droit statutaire rend désormais possible, pour les grands-parents, de réclamer un droit d'accès à leurs petits-enfants. Mais il s'agit d'un droit virtuel seulement, car il appartient aux grands-parents de faire la preuve que ces droits de contacts sont dans l'intérêt de l'enfant. Certains états, comme le Minnesota, limitent cette possibilité en cas de décès d'un parent seulement, alors que d'autres l'étendent aux cas de divorce, de séparation ou d'annulation de mariage (le Wisconsin, par exemple) et même d'adoption (Louisiane). À titre d'exemple de cette législation, le Code civil californien prévoit le texte suivant :

If either the father or mother of an unmarried minor child is deceased, the children, parents, and the grandparents of such deceased person may be granted reasonable visitation rights to the minor child during its minority by the superior court upon the finding that such visitation rights would be in the best interests of the minor child » (# 197.5 (a) *Civil Code*, West's California Codes, St.-Paul, Minn., West Publishing Co, 1988).

Les tribunaux ne partent donc pas de la présomption qu'il est dans l'intérêt des enfants de garder contact avec leurs grands-parents lorsque les père et mère refusent ces contacts. Le fardeau repose entièrement sur les épaules des demandeurs. Pour une application de ce principe, voir *Tramble c. Hill* (Ontario Unified Family Court), 7 R.F.L. (3d) 85 et les commentaires de J.G. McLeod.

191. *Anonyme*, *supra*, note 109 ; *Droit de la famille*—1228, J.E. 90-986 (C.A.).

192. *Anonyme*, *supra*, note 92, confirmé en appel C.A. (Québec) 200-09-000073-855 du 11 février 1986, juges Montgomery, l'Heureux-Dubé, McCarthy). Si l'article 659 C.C.Q. ne fait que consacrer un principe naturel préexistant, on peut s'étonner que les tribunaux ne se soient jamais prononcé en faveur de droits de visite pour les grands-parents, avant l'adoption de cette disposition.

Certains juges voient dans ce droit accordé aux grands-parents, un démembrement de l'autorité parentale¹⁹³. Nous ne partageons pas cette idée. Le droit des grands-parents constitue certainement une atteinte à l'autorité parentale¹⁹⁴ et met les grands-parents en situation de pouvoir exercer une certaine influence sur l'enfant¹⁹⁵, mais l'article 659 C.C.Q. ne donne aux grands-parents aucune parcelle d'autorité parentale, aussi minime soit-elle. La Cour d'appel du Québec a clairement affirmé le principe à deux reprises en soulignant qu'il ne faut pas oublier que, ultimement, seuls les parents détiennent l'autorité¹⁹⁶. Le droit conféré par l'article 659 C.C.Q. est donc de toute évidence un droit autonome et non pas un élément d'un droit plus large. Dans un arrêt récent, la Cour d'appel confirme que l'article 659 C.C.Q. confère un droit propre aux grands-parents et non pas un droit qui serait en quelque sorte délégué par les parents¹⁹⁷. C'est ce qu'avait déjà exprimé le juge A. Ruffo dans une cause de protection où l'une des questions était de savoir s'il fallait permettre aux grands-parents de visiter leur petit-enfant placé en institution : à cette occasion le tribunal soulignait que les droits conférés par l'article 659 C.C.Q. ne sont pas comparables aux droits de sortie et de visite que des conjoints peuvent réclamer dans le cadre d'une séparation ou d'un divorce¹⁹⁸. En effet, la finalité des droits de visite des grands-parents est totalement différente de celle du parent non-gardien. Contrairement aux parents, les grands-parents n'ont à l'égard de leur petit-enfant qu'une responsabilité monétaire¹⁹⁹. Ils peuvent donc développer avec leur petit-enfant des contacts d'affection, sans avoir le souci de l'éducation ou du contrôle de l'éducation²⁰⁰.

Par ailleurs, comme en droit belge et français, certains auteurs et juges ont vu dans l'article 659 C.C.Q. le corollaire de l'obligation alimentaire entre parents en ligne directe, ainsi que des droits successoraux réci-

193. Anonyme, T.J. (Bedford), *supra*, note 189, p. 5.

194. Cette atteinte s'inscrit dans l'évolution de la notion d'autorité parentale, institution au service du bien-être de l'enfant (*Stevenson c. Florant*, (1925) R.C.S. 532). L'autorité parentale n'est plus ce que certains qualifiaient de droit inaltérable et absolu (G. TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1942, T. 2, p. 176). Voir A. MAYRAND, « Le divorce et l'émiettement de la puissance paternelle », (1962) 22 *R. du B.*, p. 325 et E. DELEURY, M RIVEST et J.-M. NEAULT, *supra*, note 7.

195. Voir *infra* le chapitre sur les limites du droit des grands-parents (4.2.).

196. *Droit de la famille* — 291, (1986) R.J.Q. 1763 (C.A.).

197. *Droit de la famille* — 1228, *supra*, note 191.

198. *Protection de la jeunesse* — 293, (1988) R.J.Q. 217.

199. Article 633 C.C.Q.

200. « Cette relation privilégiée devra être empreinte plutôt de tendresse, de sollicitude, que seules les personnes ayant acquis sagesse et maturité peuvent traduire dans des gestes de douceur et d'acceptation » *Protection de la jeunesse* — 293, J.E. 88-75.

proques²⁰¹. Dans son mémoire sur la question, le Barreau du Québec plaidait en faveur de l'adoption de l'article 659 C.C.Q. en notant que les grands-parents peuvent être obligés de payer des aliments à leurs petits-enfants et qu'il convenait donc de leur donner aussi des droits²⁰². Quant aux travaux parlementaires, même s'ils ne peuvent en principe servir à interpréter la loi, on peut néanmoins souligner que dans l'esprit des membres de la Commission permanente de la justice, le droit des grands-parents trouvait clairement son fondement dans l'obligation alimentaire qui leur est imposée²⁰³. Nous ne pouvons souscrire à cette argumentation. L'obligation alimentaire entre grands-parents et petits-enfants trouve son fondement dans l'idée de solidarité familiale et de réciprocité. Elle est essentiellement une obligation naturelle, désintéressée, qui s'accorde mal avec l'idée qu'elle pourrait être le prix à payer pour obtenir un droit de visite. La jurisprudence ne s'y est d'ailleurs pas trompée et a traditionnellement dissocié, à part quelques jugements isolés, la question du droit d'accès et celle de l'exécution de l'obligation alimentaire²⁰⁴. Un raisonnement identique vaut en matière successorale, d'autant plus que la vocation successorale des grands-parents et des petits-enfants est totalement subsidiaire par rapport à celle des conjoints, père, mère et proches collatéraux.

Nous pensons que le fondement du droit aux relations personnelles réside dans la notion de parenté. L'origine de l'article 659 C.C.Q. et sa similarité avec l'article 371-4 al. 1, nous permettent de faire subsidiairement appel au droit français qui, comme nous l'avons vu, retient effectivement la notion de parenté comme véritable fondement du droit des grands-parents. Dans une cause récente opposant des grands-parents à leur belle-fille à la suite de la séparation de celle-ci et du fils des requérants, le tribunal souligne :

Il faut penser aussi que, de lui-même, le seul lien biologique d'un enfant avec son père lui crée une filiation en ligne directe avec ses grands-parents dont il est, à tout

201. R. JOYAL-POUPART, *supra*, note 66.

202. BARREAU DU QUÉBEC, *supra*, note 74.

203. Voir les interventions des députés Lavoie-Roux et Forget : « Est-ce qu'il est raisonnable de dire que les grands-parents ont une obligation et une créance alimentaire, mais rien d'autres ? Je pense que la réponse à cela devrait être non. Si on pense qu'il ne devrait y avoir aucune autre relation que l'obligation alimentaire, je pense qu'il faudrait faire tomber l'obligation alimentaire parce que dans le fond, l'obligation alimentaire est le symbole d'un lien réel. », ASSEMBLÉE NATIONALE, *supra*, note 9.

204. S. GUILLET, « Le sort réservé aux enfants à l'occasion d'un litige conjugal », dans *Droit civil 2*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, p. 70 ; *Droit de la famille — 190* (1985) C.A. 201 : il s'agit en l'occurrence des droits d'accès d'un parent non-gardien, mais une solution identique s'impose en ce qui concerne les droits de visite des tiers ; voir aussi *Descôteaux c. Descôteaux*, (1972) C.A. 279.

le moins partiellement, issu et dont les gènes qu'ils transmettra à son tout constitueront virtuellement d'importants éléments de la personnalité dans les générations à venir²⁰⁵.

On comprend que le tribunal se soit arrêté à la parenté biologique puisqu'en l'espèce, il s'agissait des grands-parents paternels par le sang. Mais on peut continuer le raisonnement et retenir comme fondement la notion de parenté, dans un sens plus large en y englobant la parenté légale. En effet, les parents de l'adoptant sont également visés par l'article 659 C.C.Q. Il est d'autant plus certain que le seul fondement se trouve dans le lien légal de parenté, que lorsque ce lien est rompu par l'adoption de l'enfant, les grands-parents perdent leurs droits²⁰⁶. Peut-on avoir plus claire démonstration que l'intérêt de l'enfant ne constitue pas le fondement du droit conféré par l'article 659 C.C.Q. !

Et pourtant, la jurisprudence demeure ambiguë à ce sujet. Si la plupart des décisions confirment que l'article 659 C.C.Q. accorde un droit propre aux grands-parents²⁰⁷, ces mêmes décisions font appel à la notion d'intérêt de l'enfant comme seul fondement de celui-ci²⁰⁸. Ainsi dans un cas, le tribunal, tout en affirmant qu'il s'agit d'un droit des grands-parents, leur refuse l'accès à l'enfant car « c'est à l'enfant de faire le premier pas »²⁰⁹. Certaines décisions laissent même entendre que l'enfant est le titulaire du droit consacré par l'article 659 C.C.Q.²¹⁰. Dans une de celles-ci, le tribunal souligne que l'article 659 C.C.Q. doit être vu en corrélation avec l'article 30 C.C.B.C. et que « le législateur entend par là réaffirmer que les droits des

205. *Droit de la famille*—596, *supra*, note 91, p. 24.

206. *Droit de la famille*—289, *supra*, note 189, p. 1717 : « Ainsi ces grands-parents et cet enfant, par l'effet de jugements de placement et d'adoption, cessent d'appartenir à la même famille d'origine. Les grands-parents perdent également leur recours en vertu de l'article 659 C.C.Q. faute d'intérêt et vu l'absence de lien de droit. Les grands-parents cessent donc d'exister vis-à-vis de leur petit-fils ». Nous reviendrons plus loin sur l'importante question de l'effet de l'adoption sur les relations entre les grands-parents d'origine et les enfants.

207. Dans une décision surprenante, la Cour supérieure affirme que lorsque les deux parents, de concert, s'objectent aux relations de leurs enfants avec les grands-parents, il n'y a pas lieu d'intervenir et il faut respecter la décision des parents (*Droit de la famille*—259, (1986) R.J.Q. 254). Il s'agit d'une décision qui, à notre sens, ne respecte ni la lettre ni l'esprit de l'article 659 C.C.Q. L'unanimité dans le refus parental, ne constitue pas un motif grave au sens de l'article 659 C.C.Q., qui prévoit d'ailleurs que les père et mère ne peuvent faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents.

208. Exemple : *Droit de la famille*—223, *supra*, note 93, p. 852 ; *Anonyme*, C.S. (Drummond) *supra*, note 105 ; *Droit de la famille*—426, (1988) R.J.Q. 163 ; *Anonyme*, C.S. (Montréal), *supra*, note 92.

209. *Anonyme*, C.S. (Québec) 200-04-000069-888 du 29 juin 1988, juge R. Lesage, p. 5.

210. Exemple : *Droit de la famille*—223, *supra*, note 93, p. 852.

parents doivent céder le pas aux droits personnels et à l'intérêt de l'enfant »²¹¹. C'est, pensons-nous, confondre le fondement du droit et le critère primordial d'application de ce droit, qui, comme nous le verrons plus loin, est effectivement l'intérêt de l'enfant. La question n'est pas seulement théorique car si l'on retient l'intérêt de l'enfant, prévu à l'article 30 C.C.B.C., comme fondement même de l'article 659 C.C.Q., on oublie, d'une part, que seuls les motifs graves peuvent faire obstacle aux relations. D'autre part, on met à l'écart un autre intérêt : celui de la famille, et plus précisément celui des grands-parents qui se verraient ainsi relégués au rang de simples tiers.

3. Les titulaires du droit aux relations personnelles

3.1. Grands-parents légitimes, naturels et adoptifs

Dans les systèmes juridiques belge et français, l'évolution de la jurisprudence va dans le sens d'un élargissement du nombre de titulaires du droit aux relations personnelles. Ce droit fut créé initialement pour les seuls grands-parents légitimes par des arrêts de principe²¹². Par la suite ceux-ci ne furent jamais remis en question²¹³. Mais ce n'est que beaucoup plus tard que fut acceptée l'idée d'un droit aux relations personnelles au profit des grands-parents naturels. La réticence des tribunaux était avant tout d'ordre moral, car on hésitait à donner des effets à une situation illégitime. Elle s'appuyait également sur un principe juridique. En effet, les tribunaux invoquaient l'adage selon lequel la filiation naturelle ne produisait d'effet qu'au premier degré²¹⁴. Ce n'est qu'après de vives discus-

211. *Anonyme*, C.S. (Montréal), note 92. Dans la cause *Droit de la famille—151*, *supra*, note 101, le tribunal estime que l'article 659 C.C.Q. exprime la loi naturelle et la primauté des droits de l'enfant sur ceux des parents (n.d.l.r. : *a fortiori* ceux des grands-parents). Et le tribunal d'ajouter que fondamentalement ces droits sont fondés sur l'article 30 C.C.B.C.

Dans G. TRUDEL et R. DE LANAUZE, *Code civil du Québec comparé et coordonné au Code civil du Bas-Canada, Livre II, De la famille*, Montréal, Soquij, 1981, p. 205, le commentaire sur l'article 659 C.C.Q. est le suivant : « On réaffirme la primauté des droits personnels de l'enfant et de son intérêt sur les droits personnels des parents. »

212. Cass.fr. 8 juillet 1857, *D.* 1857, I, 273 et Cass.b. 14 octobre 1915, *supra*, note 78.

213. Cass.fr. 12 février 1894, *Rec. Dall.*, 1894, I, 218 ; Cass.b. 25 septembre 1930, *Pas.*, 1930, I, 310 ; Cass.fr. 6 juillet 1931, *S.* 1931, I, 391 ; Cass.fr. 27 octobre 1964, *J.C.P.*²¹³² 1965, II, 14166, note G. Viney.

214. R. MERLE, « Les rapports entre grands-parents et petits-enfants dans la famille naturelle », *D.* 1949, *chron.*, p. 134 ; l'auteur souligne que le législateur napoléonien avait érigé en postulat l'absence de relations sentimentales entre grands-parents et petits-enfants naturels. Ainsi, par exemple, l'ancien article 299 du Code pénal refusait la qualification de parricide au meurtre des grands-parents naturels.

sions que l'on accepta, en 1938 pour la France, le droit de visite des parents naturels de parents légitimes²¹⁵, alors que le droit des parents légitimes de parents naturels et celui des parents naturels de parents naturels continuait à être refusé²¹⁶. La distinction ne fut abandonnée que vers 1950²¹⁷. L'assimilation des grands-parents naturels aux grands-parents légitimes est incontestable depuis l'introduction de l'article 371-4 C.C.F. qui ne fait pas la distinction. De plus, ce principe est confirmé par l'instauration de l'égalité entre les enfants par loi du 3 janvier 1972²¹⁸.

En Belgique, c'est seulement en 1966 que la Cour de cassation accepta de reconnaître un droit similaire aux grands-parents naturels²¹⁹. Dans la foulée des arrêts de 1915 et de 1930, et partant du principe que « ces relations d'affection, de respect et de dévouement (sont) dues à la communauté de sang », la Cour de cassation décida que la qualité de la filiation ne pouvait faire obstacle à ce droit. Quant à l'argument selon lequel la filiation naturelle ne produit d'effet qu'au premier degré, principe essentiellement issu des dispositions en matière successorale et en matière d'organisation de la preuve de la filiation, les auteurs soulignèrent qu'il n'a jamais été écrit nulle part²²⁰.

215. Cass.fr. 27 juillet 1938, *D.P.* 1939, I, 73, note A. Lebrun.

216. Angers, 22 février 1938, *D.H.* 1938, 330 et Lyon, 30 juin 1942, *J.C.P.* 1943, II, 2179.

217. Notamment Amiens, 22 février 1949, *D.* 1950, somm. p. 35, cité par T. GARE, *supra*, note 1, p. 205.

218. Article 334 al. 1 C.C.F. Lorsqu'on parle d'égalité, il convient de se méfier du piège des mots car si le droit français proclame l'égalité entre tous les enfants, il continue malgré tout à pénaliser la filiation adultérine à certains égards, comme par exemple en matière successorale. Voir à ce propos P. CATTALA, *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille. Rapport de synthèse*, Travaux de l'association H. Capitant (Journées turques), Paris, Economica, 1990, p. 15.

219. Cass.b. 22 septembre 1966, *supra*, note 119. Avant cela, la jurisprudence était divisée sur la question. Certaines décisions déclaraient tout simplement irrecevables les demandes des grands-parents naturels au motif qu'il était généralement admis, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que la reconnaissance d'un enfant naturel ne crée qu'un lien de parenté en ligne directe entre l'enfant reconnu et la personne l'ayant reconnu, mais aucun autre effet du point de vue de la filiation légale. Voir notamment Civ. Bruxelles (ch. vac.) 20 juillet 1960, *J.T.* 1960, p. 649. D'autres jugements refusaient la distinction en rappelant que les mêmes liens d'affection existent entre grands-parents et petits-enfants, qu'il soient légitimes ou naturels (en ce sens : Civ. Bruxelles (1^o ch.) 22 décembre 1960, *J.T.* 1961, p. 282).

220. J. DABIN, *supra*, note 136. La Cour de cassation rejetta l'argument en rappelant : « Attendu que si, dans certains domaines, spécialement dans le droit successoral, le législateur a limité aux rapports de l'enfant avec ses père et mère les effets, amoindris, qu'il attribue à la filiation naturelle légalement établie, il a, en revanche, en plusieurs dispositions fait produire à cette filiation, au delà du 1^o degré, les mêmes effets qu'à la filiation légitime, notamment en matière d'empêchement au mariage et de contrainte par corps », p. 374.

La porte fut ainsi ouverte à d'autres situations et le droit de visite fut par la suite également accordé aux grands-parents adoptifs. En Belgique, ce fut d'abord le cas des adoptants à l'égard des enfants de l'adopté²²¹, ensuite des parents de l'adoptant à l'égard de l'adopté²²². Cette solution s'impose désormais puisqu'il est établi que le fondement de ce droit réside dans le lien de parenté. Or l'effet essentiel de l'adoption, simple ou plénière, est précisément de créer un nouveau lien de parenté, une parenté *sui generis*²²³. Mais cela n'a pas toujours été le cas, puisqu'avant la loi du 22 mars 1940, les enfants de l'adopté n'étaient pas les descendants de l'adoptant, le lien fictif de parenté n'existant qu'au premier degré²²⁴. Il n'y avait d'ailleurs aucune obligation alimentaire entre adoptant et descendants de l'adopté. Quant aux parents de l'adoptant, en matière d'adoption simple, la jurisprudence leur accorde aujourd'hui un droit aux relations personnelles au-delà des textes, car en principe, le nouveau lien de parenté ne va pas au-delà de la personne de l'adoptant²²⁵. C'est ainsi qu'en adoption simple, il n'y a pas d'obligation alimentaire entre l'adopté et les ascendants de l'adoptant²²⁶.

En France, les grands-parents adoptifs peuvent également prétendre au droit de visite à l'égard de l'enfant et l'adopté. En l'absence de jurisprudence publiée sur la question, cette solution s'impose en regard des articles 358 C.C.F. pour l'adoption plénière et 368 C.C.F. en cas d'adoption simple²²⁷.

Au Québec, tous les grands-parents sont titulaires du droit conféré par l'article 659 C.C.Q., puisque la loi consacre le principe de l'égalité parfaite en matière de filiation²²⁸. Le droit des grands-parents adoptifs ne fait aucun doute étant donné que l'enfant entre dans la famille d'adoption, pour y occuper la même place que s'il avait un lien de filiation par le sang²²⁹.

221. Civ. Bruxelles, 9 mars 1968, (1968) *Annales du notariat et de l'enregistrement*, p. 235.

222. Bruxelles, 8 décembre 1971, *J.T.* 1972, p. 49.

223. H. DE PAGE, *supra*, note 53, p. 1069.

224. *Id.*, p. 1081.

225. Article 365 C.C.B.

226. Article 364 al. 1 et 2 C.C.B. À propos de cette extension *contra legem*, M-T. MEULDERS-KLEIN, *supra*, note 77, p. 127, écrit que : « L'extension du droit de visite aux grands-parents par adoption, ne peut, quant à elle, certainement pas trouver appui dans la reconnaissance d'un lien de sang, par hypothèse inexistant, du moins lorsqu'il s'agit d'une adoption hétéro-familiale. Il faut y voir au contraire l'expression de l'assimilation croissante de la parenté socio-affective à la parenté biologique, par une fiction peut-être, mais une fiction qui recouvre une réalité d'un autre ordre et de plus en plus reconnue : celle de la « parenté affective ».

227. En ce sens, T. GARE, *supra*, note 1, p. 204.

228. Article 594 C.C.Q.

229. Articles 627 et 628 C.C.Q.

3.2. Les arrière-grands-parents

À notre connaissance, la question de l'extension de l'article 659 C.C.Q. aux arrière-grands-parents n'a jamais été soulevée devant les tribunaux québécois. Elle est pourtant pertinente, car l'augmentation de l'espérance de vie a notamment pour résultat que, de nos jours, il y a beaucoup plus d'arrière-grands-parents qu'auparavant, et donc de conflits potentiels...

En France, la jurisprudence et la doctrine favorisent l'extension du bénéfice de l'article 371-4 al. 1 C.C.F. à tous les ascendants et donc aux arrière-grands-parents²³⁰. La décision de principe fut rendue par le Tribunal de grande instance de Paris en 1976²³¹. Dans cette affaire, un garçon de 2 ans et demi est confié à son arrière-grand-mère maternelle de 62 ans, pendant les procédures de divorce de ses parents. À l'issue du procès opposant les parents, l'enfant est confié au père, alors que la mère obtient un droit de visite d'une fin de semaine par mois. La mère exerce ce droit en présence de l'arrière grand-mère (sa propre grand-mère) avec qui elle cohabite. Insatisfaite de ces seuls contacts avec l'enfant, l'arrière-grand-mère saisit le tribunal d'une demande de droit de visite pour elle-même, fondé sur l'article 371-4 al. 1 C.C.F. Le père plaida l'interprétation restrictive des termes « grands-parents », estimant que l'arrière-grand-mère pouvait, tout au plus, se prévaloir de l'alinéa 2 de cette disposition (alinéa concernant le droit de correspondance et de visite des tiers dans des situations exceptionnelles seulement). Le père ajoutait que si l'on accordait un droit de visite à tous les grands-parents et arrière-grands-parents, cela risquerait d'aboutir à une dispersion abusive des jours de congé de l'enfant. Le tribunal accorda néanmoins un droit de visite à l'arrière-grand-mère, en rappelant qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi du 4 juin 1970 que l'article 371-4 C.C.F. vise tous les grands-parents, sans distinction, et qu'il ne faut donc pas distinguer là où la loi ne distingue pas²³².

De plus, cette disposition, comme nous l'avons vu, est venue consacrer la jurisprudence en la matière. Or dans de nombreux arrêts, même s'il s'agissait de demandes faites par des grands-parents, la Cour de cassation s'est prononcée en faveur d'un droit de visite appartenant aux « ascendants », de façon générale. C'est ainsi que la Cour suprême précisait que

230. C. NEIRINCK, *supra*, note 10, p. 255 et T. GARE, *supra*, note 1, p. 206.

231. T.G.I. Paris, ch. de la famille, 3 juin 1976, *D.* 1977, II, 303.

232. Dans les domaines où les grands-parents peuvent intervenir, comme en matière d'opposition au mariage ou de tutelle, il est clair que ces pouvoirs s'étendent aux arrière-grands-parents. Voir en ce sens, J. CAZALS, note sous T.G.I., 3 juin 1976, *D.* 1977, II, 303 ; A. SAYAG, *supra*, note 8, p. 40.

« les parents investis du droit de garde de leurs enfants mineurs ne peuvent se voir imposer un droit de visite ou d'hébergement au profit de personnes autres que les *ascendants*, à peine de subir une atteinte à leur puissance paternelle »²³³. Cette solution s'imposait, compte tenu du fait que l'article 371-4 C.C.F. est inspiré par le souci de maintenir des liens entre les générations²³⁴. Bien qu'à notre connaissance il n'y ait pas de décisions semblables publiées en droit belge, on constate que la doctrine favorise également la solution d'un droit de visite propre aux bisaïeux²³⁵.

Qu'en est-il en droit québécois ? On pourrait opposer à l'adage *Ubi lex non distinguit* un autre grand principe : *Interpretatio cessat in claris*²³⁶. C'est ainsi que dans une cause ancienne, le juge Tellier estimait que l'expression « neveux et nièces » ne comprend pas « petits-neveux et petites-nièces », ni en droit, ni dans le langage courant²³⁷. Le même raisonnement pourrait s'appliquer en distinguant les grands-parents des arrière-grands-parents. À première vue cette distinction est d'ailleurs séduisante, car il faut bien dire que lorsque le législateur entend viser tous les aïeux, sans égard au degré de parenté, il utilise les mots « ascendants » et non « grands-parents »²³⁸. La solution contraire semble pourtant devoir s'imposer.

De la même façon, lorsque l'article 155 C.C.B.C. ouvre un droit d'action en nullité de mariage en faveur des « aïeux », il semble évident que le législateur n'entend pas distinguer entre aïeul et bisaïeul, mais qu'il vise en fait tous les ascendants. Cette assimilation nous apparaît plus conforme à l'esprit de l'article 659 C.C.Q. ainsi qu'à son fondement, c'est-à-dire le lien de parenté entre générations. Les tenants de la théorie de « la rétribution »²³⁹ ajouteront que l'extension des mots grands-parents aux arrière-

233. Cass.fr. 2 juin 1964, *D.* 1964, 561 et Cass.fr. 22 mars 1961, *D.* 1961, 521, note R. SAVATIER.

234. M. GOBERT, *supra*, note 85 et J. CAZALS, *supra*, note 232, p. 305 : « En somme le législateur a entendu renouer — ou au moins l'a accepté — avec une conception autrefois plus marquée de la famille lignage, et tenter de rompre avec cette mode de la limitation des relations aux rapports père-mère-enfant. De ce point de vue encore, il faut donc admettre que le domaine d'application de l'article 371-4 al. 1 inclut les arrière-grands-parents ».

235. *Répertoire pratique de droit belge*, *supra*, note 125, n° 173.

236. À propos de cet adage, voir M. VAN de KERCHOVE, « La doctrine du sens clair des textes de la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique » dans *L'interprétation en droit*, Bruxelles, éd. des Facultés universitaires St. Louis, 1978, p. 13 s.

237. *Meredith c. Meredith*, (1937) 63 B.R. 341, p. 351.

238. Exemples : article 124 C.C.B.C. en matière de prohibition à mariage et article 997 C.C.B.C. concernant la crainte révérentielle comme cause de nullité en matière contractuelle.

239. Voir *supra*, le chapitre sur le fondement du droit (2.).

grands-parents est dans la logique des choses, puisque ces derniers sont liés à leurs arrière-petits-enfants par une obligation alimentaire et une vocation successorale réciproques. Finalement, comme le soulignait un jugement de la Cour du Québec, « ces relations (doivent être interprétées) comme une possibilité pour les enfants de connaître leurs *ascendants* et développer avec eux des liens des plus précieux »²⁴⁰. On voit mal, dès lors, pourquoi il faudrait exclure les arrière-grands-parents du bénéfice de l'article 659 C.C.Q. et, par voie de conséquence, pénaliser ainsi les arrière-petits-enfants.

3.3. Les grands-parents d'origine en cas d'adoption

L'institution de l'adoption pose un délicat problème en matière de relations personnelles entre l'adopté et sa famille d'origine. Un tribunal peut accorder, aujourd'hui, des droits de visite à des grands-parents en concluant que ces contacts seront bénéfiques pour l'enfant, et un autre tribunal pourrait, demain, mettre ces liens à néant en prononçant l'adoption de l'enfant au nom, encore une fois, de son intérêt... Cette situation paraît absurde à première vue. Elle est pourtant le résultat de l'effet combiné des articles 659, 627 et 629 C.C.Q.²⁴¹. L'incidence de l'adoption sur le statut même des grands-parents est tellement radicale, qu'il peut paraître surprenant que ceux-ci ne soient pas mieux associés au processus d'adoption de leur petit-enfant.

3.3.1. Les grands-parents dans la procédure d'adoption

Dans les trois systèmes juridiques sous étude, les grands-parents sont exclus au stade du consentement à l'adoption. Étant une prérogative de l'autorité parentale, le droit de consentir à l'adoption de l'enfant revient aux seuls père et mère, ou l'un d'eux, en cas de décès ou d'impossibilité pour l'autre de manifester sa volonté²⁴². Lorsque les deux sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le consentement est donné par une institution de substitution : le conseil de famille en droit français et

240. *Protection de la jeunesse*—293, *supra*, note 198 (L'italique est de nous).

241. Art. 627 C.C.Q. :

L'adoption confère à l'adopté une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine.

L'adopté cesse d'appartenir à sa famille d'origine, sous réserve des empêchements de mariage.

Art. 629 C.C.Q. :

Lorsque l'adoption est accordée, les effets de la filiation précédente prennent fin [...].

242. Article 348 C.C.F. et C.C.B. et article 604 C.C.Q.

en droit belge²⁴³, ou le tuteur en droit québécois²⁴⁴. Ce n'est donc qu'à titre d'éventuels participants au conseil de famille que les grands-parents pourront émettre un avis, qui n'est qu'un avis parmi d'autres. Mais encore faut-il qu'ils soient au courant du projet d'adoption !

La loi française ne prévoit d'aucune façon que les grands-parents doivent être avisés d'une procédure d'adoption à l'égard de leur petit-enfant²⁴⁵. Cette lacune est surprenante, quand on connaît le rôle que donne par ailleurs le droit français aux grands-parents en matière de consentement et d'opposition au mariage de leur petit-enfant²⁴⁶. Il semblerait pourtant qu'une pratique tende à s'instaurer dans certains tribunaux, afin de pallier cette lacune de la loi. Ainsi, le Tribunal de grande instance de Paris s'enquiert systématiquement des liens ayant existé entre les parents de l'époux ou de l'ex-époux défunt de l'enfant en cause et leur petit-enfant²⁴⁷. D'autre part, dans un arrêt récent, la Cour de cassation confirme un arrêt de la Cour d'appel selon lequel le fait de dissimuler des procédures d'adoption aux grands-parents d'origine, qui manifestaient leur désir d'avoir des contacts avec leur petit-enfant, constitue un dol au sens de l'article 353-1 C.C.F. permettant, dès lors, la tierce opposition des grands-parents²⁴⁸.

Le droit belge est, à ce chapitre, plus favorable aux grands-parents : compte tenu du principe que l'adoption ne peut avoir lieu que pour « justes motifs » et que si elle présente « des avantages pour l'adopté »²⁴⁹, le législateur impose au juge de s'entourer de certains avis. C'est ainsi que le Procureur du Roi doit obligatoirement prendre l'avis des grands-parents. Les ascendants sont donc automatiquement avertis du projet d'adoption²⁵⁰. Si l'avis du grand-parent est défavorable, il doit être convoqué et entendu par le juge et il pourra faire une intervention volontaire au dos-

243. *Id.*

244. Article 605 C.C.Q.

245. T.G.I. Aix-en-Provence, 21 octobre 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 2, p. 263, note H. VRAY, cité par T. GARE, *supra*, note 1, p. 93.

246. P. SALVAGE-GEREST, « L'adoption plénière de l'enfant du conjoint après la loi du 22 décembre 1976 », (1982) 1 *Juriscasseur périodique* 3071.

247. J. RUBELLIN-DEVICHI, « Personnes et droits de la famille », (1986) *Revue trimestrielle de droit civil*, p. 736.

248. Cass.fr. 7 mars 1989, *J.C.P.* 1989, IV, p. 169.

249. Article 343 C.C.B.

250. Article 350, par. 3 al. 1 C.C.B. pour l'adoption simple et article 369, par. 1 pour l'adoption plénière. L'obligation de consulter les grands-parents s'impose, dès lors qu'il souhaitent conserver ou établir avec leur descendant un lien privilégié. La jurisprudence a donc établi que lorsque les grands-parents ont implicitement, mais clairement, renoncé à s'intéresser à l'enfant, cette obligation de prendre leur avis n'existe plus : Trib. Jeun. Bruxelles (11^e ch.) 17 mai 1988, *J.T.* 1988, p. 691, note P. de le COURT.

sier²⁵¹. À titre de partie intervenante, le grand-parent peut interjeter appel du jugement d'homologation d'adoption²⁵². À l'occasion des travaux préparatoires de la loi du 27 avril 1987, qui instaura la réforme du droit de l'adoption, il fut sérieusement question d'abolir l'obligation de prendre l'avis des grands-parents : d'une part, on avait constaté que cet avis était presque toujours défavorable ; d'autre part cela rendait impossible l'adoption « discrète » d'enfants nés de mères célibataires, désireuses de ne pas avertir leur famille²⁵³. Par contre, les nouvelles dispositions limitent désormais l'obligation du Parquet à prendre l'avis des ascendants au deuxième degré seulement. Les arrière-grands-parents sont donc clairement exclus du processus de consultation.

En droit québécois, les grands-parents ne doivent pas être avertis des procédures d'adoption et le tribunal ne doit pas prendre leur avis²⁵⁴. Toutefois, la jurisprudence est généralement favorable à leur intervention comme partie aux procédures lors des demandes d'ordonnance de placement²⁵⁵. La Cour d'appel a confirmé que l'intervention est possible en matière d'adoption²⁵⁶. L'intervenant doit démontrer que son intérêt est vraisemblable, si une partie s'y oppose²⁵⁷. Or le droit, prévu par l'article 659 C.C.Q., démontre, *prima facie*, l'intérêt des grands-parents²⁵⁸. Rap-

251. Article 350, par. 3, al. 3 C.C.B.

252. Article 351 C.C.B.

253. H. CASMAN, « Adoptie, volle adoptie en verklaring van adopteerbaarheid », *Afstemming en adoptie*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, p. 288.

254. Signalons que les grands-parents sont visés par l'article 612 C.C.Q. et qu'ils peuvent donc prendre l'initiative d'une procédure en déclaration d'adoptabilité (*Droit de la famille*—486, (1988) R.J.Q. 897).

255. *Droit de la famille*—289, *supra*, note 189. Mais la jurisprudence n'est pas unanime, car certains tribunaux sont encore réticents à accepter l'intervention des grands-parents au stade l'ordonnance de placement. Ainsi, la Cour supérieure, sur évocation, refuse de considérer que les grands-parents puissent intervenir comme parties, voire même de se faire entendre, en soulignant que la loi ne stipule pas expressément cette prérogative : *Anonyme*, C.S. (Québec), *supra*, note 102, p. 5. On pourrait éventuellement trouver une solution mitoyenne en leur imaginant un statut de « personnes intéressées », comme c'est déjà le cas dans le cadre de l'article 95 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* (en ce sens, voir *Anonyme*, C.Q. (Longueuil), *supra*, note 105. Cela aurait pour avantage que les grands-parents pourraient faire valoir leurs droits aux relations personnelles avec l'enfant, sans toutefois bénéficier du statut de partie qui, lui, leur donnerait accès aux rapports psychologiques et sociaux.

256. *Droit de la famille*—81, (1983) C.A. 386.

257. Article 212. C.P.C.

258. *Droit de la famille*—289, *supra*, note 189. En l'espèce le tribunal s'est également autorisé de l'article 815 C.P.C. qui permet au tribunal d'ordonner la mise-en-cause de toute personne dont les intérêts peuvent être touchés par le jugement. Les tribunaux peuvent donc ordonner que soit dénoncée une procédure d'adoption aux grands-parents. Mais ce pouvoir demeure discrétionnaire.

pelons également qu'avant de prononcer l'adoption, le tribunal peut requérir toute preuve supplémentaire qu'il estime nécessaire dans l'intérêt de l'enfant. Il peut donc, d'office, prendre l'avis des grands-parents²⁵⁹. Si la demande d'adoption n'est pas présentée dans un délai raisonnable à l'expiration de la période de placement « pré-adoption », l'ordonnance de placement peut être révoquée à la demande de tout intéressé²⁶⁰.

Les grands-parents ne sont donc pas totalement absents du processus d'adoption. Il nous semble, toutefois, que les droits consacrés par l'article 659 C.C.Q. seraient mieux protégés si le législateur prévoyait l'obligation de signifier systématiquement les procédures d'adoption aux grands-parents. Beaucoup plus inquiétant est le sort réservé aux relations entre grands-parents et petit-enfant, après l'adoption de ce dernier.

3.3.2. Les grands-parents et les effets de l'adoption

Dans les systèmes français et belges, il faut distinguer les effets de l'adoption simple de ceux de l'adoption plénière. L'adoption simple ne fait pas sortir l'adopté de sa famille naturelle. Pour l'adopté, la parenté adoptive coexiste avec sa parenté d'origine²⁶¹. Il est donc clair que les grands-parents d'origine gardent leur droit aux relations personnelles avec l'enfant adopté²⁶². Il en va tout autrement lorsque l'enfant est adopté dans la forme plénière. En Belgique, cette forme d'adoption (que l'on désignait jusqu'en 1987 de « légitimation par adoption ») n'existe que depuis la loi du 21 mars 1969 et ne s'applique qu'aux adoptés mineurs. L'adoption plénière assimile complètement l'enfant à un enfant par le sang et rompt définitivement les liens avec la famille d'origine, hormis les empêchements au mariage²⁶³. Étant donné que le fondement du droit de visite des grands-parents réside dans le lien de parenté, ce droit disparaît légalement, dès l'instant où l'enfant est adopté dans la forme plénière. Conséquence draconienne qui a amené la doctrine et la jurisprudence à imaginer des solutions de rechange.

259. Article 622 C.C.Q. ; *Anonyme*, C.Q. (Montréal) 500-43-000037-88, 24 octobre 1988, juge N. Bernier.

260. Article 620 C.C.Q. Les grands-parents pourraient également faire valoir leurs droits, une fois le jugement d'adoption rendu, par le biais d'une demande de rétraction (art. 489 al. 1 C.P.C.). Voir en ce sens *Droit de la famille* — 776, (1990) R.D.F. 315 (C.A.). On peut toutefois douter que le tribunal accepte de mettre à néant une ordonnance de placement ou un jugement d'adoption, au seul motif qu'il met à l'écart les droits consacrés par l'article 659 C.C.Q., puisque cet effet est prévu par la loi elle-même (article 627 C.C.Q.).

261. Article 364 C.C.F. et C.C.B.

262. Cass.fr., 10 mai 1939, *Gaz. Pal.* 1939, 2 58 ; Liège, 25 février 1954, *Pas.* 1954, II, 34 et Bruxelles, 12 mai 1982, *Pas.* 1982, II, 92.

263. Article 370, par. 1, al. 1 et 2 C.C.B. et article 356 C.C.F.

La réponse belge

Jusqu'en 1976, la jurisprudence était divisée sur la question. Certains tribunaux refusaient de mettre fin aux relations entre grands-parents et petits-enfants, lorsque celles-ci avaient été consacrées par une décision judiciaire avant l'adoption²⁶⁴. La plupart des tribunaux, toutefois, décidaient qu'en cas de légitimation par adoption, les grands-parents par le sang perdaient automatiquement leurs droits²⁶⁵. Cette opinion était partagée par la grande majorité des auteurs²⁶⁶.

La Cour de cassation marqua un tournant dans un arrêt de principe qui fait fi de l'article 370 C.C.B., en instituant un droit de visite de principe au bénéfice des grands-parents d'origine vis-à-vis de l'enfant légitimé par adoption :

Attendu que, sans doute, l'article 370, par. 1, al. 2 du Code civil dispose que « sous réserve des prohibitions au mariage prévues aux articles 161 à 164, les enfants légitimés par adoption cessent d'appartenir à leur famille d'origine », *mais que ce texte ne peut avoir pour effet de porter atteinte au droit de visite des grands-parents légitimes, qui résulte d'un principe de droit fondé sur des relations d'affection, de respect et de dévouement, dues à la communauté de sang*²⁶⁷.

Les faits de la cause étaient les suivants : un couple a deux enfants et à la suite de la maladie de l'épouse, la famille s'installe chez les beaux-parents maternels. Après le décès de la jeune femme, les beaux-parents continuent à héberger leur gendre et à s'occuper de leurs deux petits-enfants, jusqu'au remariage du beau-fils. Sa seconde épouse décide de légitimer les enfants par adoption. La grand-mère, devenue veuve, se vit alors refuser tout contact avec les enfants. Elle invoqua l'abus de droit en première instance, mais fut déboutée. La Cour d'appel, puis la Cour de cassation, lui donnèrent finalement accès aux enfants en opérant un virage jurisprudentiel complet sur la question.

264. J.P. Waremme, 22 mai 1975, *J.J.P.* 1975, p. 243. Dans cette affaire, les grands-parents avaient obtenu des droits de visite en Cour d'appel, mais l'enfant avait ensuite été légitimé par adoption. Le tribunal condamne le parent récalcitrant à des dommages-intérêts pour non respect de l'arrêt de la Cour d'appel.

265. En ce sens, T.J. Liège, 1^{er} avril 1974, *Jur. Liège*, 1974-1975, p. 44. Ce jugement refuse un droit de visite à une grand-mère dont la fille était décédée et dont les petits-enfants avaient ensuite été légitimés par adoption par la seconde épouse de leur père. Le tribunal souligne que cette adoption a rendu la grand-mère « étrangère » à ses petits-enfants.

266. Voir N. VERHEYDEN-JEANMART, « Quelques réflexions sur le consentement à l'adoption, le droit de visite des parents d'origine à l'égard de l'adopté et la révocation de l'adoption », (1970) *Annales de droit* 193.

267. Cass. 4 mars 1976, *J.T.* 1977, p. 455. La Cour reprenait ainsi textuellement les termes de son arrêt du 22 septembre 1966 par lequel elle accordait des droits de visite aux grands-parents naturels *supra*, note 119, p. 375. (L'italique est de nous).

Cet arrêt suscita la division de la doctrine. Certains y voyaient l'affirmation que la légitimation par adoption « est et ne peut rester qu'une fiction légale qui ne peut aller à l'encontre de la nature même des choses »²⁶⁸. Selon ces auteurs, il s'agit sans doute d'une décision « humaine et équitable » qui ne fait qu'exprimer l'aversion à considérer les grands-parents d'origine comme des étrangers à l'enfant²⁶⁹ et qui démontre l'importance du rôle créateur et exemplaire de la jurisprudence. D'autres auteurs ont critiqué sévèrement l'arrêt car il fait primer, de façon inconsidérée, le droit naturel sur la loi civile²⁷⁰. Le fondement du droit aux relations personnelles étant le lien de parenté et ce lien étant irrémédiablement rompu par fiction de la loi, la solution proposée par cet arrêt semble, en effet, très critiquable. De plus, il faut souligner que cet arrêt, tout en confirmant une fois de plus que les grands-parents jouissent d'un droit propre, ne fait, par ailleurs, aucune référence à la notion d'intérêt de l'enfant. Les travaux préparatoires de la loi instaurant la légitimation par adoption, démontrent bien que l'intention du législateur était d'assimiler complètement l'enfant à sa nouvelle famille et de rompre, tout aussi complètement, ses liens avec la famille d'origine²⁷¹.

Toutefois, afin de protéger, malgré tout, les grands-parents devenus étrangers, on aurait pu arriver au même résultat en recourant à la théorie de l'abus de droit ou du détournement de fonction²⁷². Les grands-parents auraient alors le fardeau de prouver que l'octroi d'un droit de visite va dans le sens de l'intérêt de l'enfant et que de le leur refuser constituerait un abus d'autorité. En l'espèce, cette preuve était possible puisque les grands-parents avaient gardé les enfants chez eux et s'étaient chargés de leur entretien.

Avant cet arrêt, les tribunaux refusaient régulièrement de prononcer l'adoption plénière, en raison de son incidence sur les droits des grands-

268. J. MAHAUX, note sous cass. 4 mars 1976, (1977) *J.T.*, p. 457 : « Il reste au juge du fond à s'inspirer, dans l'intérêt de l'enfant, des impératifs moraux découlant d'une institution de droit naturel inaltérable pour équilibrer un certain droit de visite avec les droits de la famille légitimante ».

269. B. DE CONINCK, *supra*, note 77, p. 36 et H. NUYTINCK, note sous cass. 4 mars 1976, (1976-1977) *R.W.* col. 289 s.

270. M.-T. MEULDERS-KLEIN, *supra*, note 77.

271. Rapport de RIEMAECKER-LEGOT, *Doc. Parl.*, Chambre, sess. 1961-1962, n° 436-2, p. 69, 70, cité par M.-T. MEULDERS-KLEIN, *id.*, p. 130. une des critiques adressées à l'arrêt consiste à dire que si les grands-parents d'origine ont un droit d'accès, *a fortiori* les parents d'origine doivent-ils en avoir également, ce qui serait contraire à l'esprit même de l'adoption plénière. On pourrait toutefois répondre par l'argument *a contrario* : les grands-parents ont un droit d'accès, contrairement aux parents qui, eux, ont abandonné l'enfant ou ont consenti à son adoption.

272. J. DABIN, *supra*, note 136.

parents d'origine²⁷³. Depuis l'arrêt de 1976, la perte du droit aux relations personnelles n'est donc plus, en principe, un motif suffisant pour refuser l'homologation de l'adoption plénière, dans les cas où les grands-parents s'y opposent²⁷⁴. Pourtant, un certain courant jurisprudentiel refuse encore de prononcer l'adoption plénière, lui préférant l'adoption simple, en considérant que la rupture totale avec la famille d'origine est souvent contraire à l'intérêt de l'enfant²⁷⁵. D'autres décisions démontrent que malgré, l'arrêt de cassation de 1976, les grands-parents d'origine sont bien souvent traités, *de facto*, de la même façon que les autres tiers. C'est ainsi que dans une affaire où la grand-mère d'origine, se basant sur l'arrêt de 1976, réclamait un droit de visite à l'égard de son petit-enfant adopté sous la forme plénière, la Cour d'appel de Bruxelles refusa d'accéder à sa demande, en lui reprochant de ne pas avoir fait état des relations privilégiées préexistantes²⁷⁶. Néanmoins, malgré la résistance de certains tribunaux, on peut dire que, de façon générale, le droit belge protège les grands-parents d'origine, aussi bien dans le cas d'adoption simple que dans celui — mais dans une moindre mesure — de l'adoption plénière.

La réponse française

La rupture totale des liens entre l'enfant et ses grands-parents par le sang en cas d'adoption plénière est unanimement critiquée par la doctrine²⁷⁷. En cas d'adoption plénière, les grands-parents ne sont toutefois pas entièrement dépourvus de droits, car l'article 371-4 al. 2 prévoit le droit

273. Bruxelles, 26 février 1986, (1976-1977) *R.W.* col. 810 : dans cette affaire, la Cour d'appel signale que si le législateur entend favoriser l'adoption plénière d'enfants abandonnés, il convient toutefois de ne l'accorder qu'avec circonspection lorsque l'enfant a une famille. Or en l'espèce, l'adoptant avait laissé entendre que le but de l'adoption était précisément de couper les liens de l'enfant avec ses grands-parents d'origine.

274. En ce sens, Bruxelles, 3 mars 1977, (1977-1978) *R.W.* col. 1628. En 1983, les tribunaux belges ont prononcé 889 adoptions plénières contre seulement 231 adoptions simples (chiffres cités par H. CASMAN, *supra*, note 253, p. 288, note 15).

275. Gand, ch. jeun., 9 octobre 1985, (1985-1986) *R.W.* col. 2842. Cette décision, très favorable aux grands-parents, est néanmoins surprenante, car la preuve avait révélé que les enfants n'avaient plus eu de contacts avec leurs grands-parents depuis plusieurs années ; notons que la même Cour d'appel prononça, dans une autre affaire, l'adoption plénière d'un enfant, malgré l'opposition des grands-parents. La Cour décréta que le principe de la rupture des liens avec la famille d'origine, ne viole pas l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme* (Gand, 26 juin 1980, (1980-1981) *R.W.* col. 1846).

276. Bruxelles, 17 mai 1982, (1985) *Revue trimestrielle de droit familial*, p. 353.

277. Voir en ce sens J. RUBELLIN-DEVICHI, *supra*, note 247, p. 736 et T. GARE, « La place des grands-parents dans l'adoption », *Autour de l'enfant (autorité parentale, adoption, procréation assistée)*, Lyon, 1986, p. 74.

de correspondance et de visite des tiers. C'est ainsi que dans un important arrêt²⁷⁸, la Cour de cassation accorde des droits de visite à une grand-mère d'origine. Celle-ci se trouve toutefois reléguée au rang de simple tiers, avec l'obligation de faire la preuve de circonstances exceptionnelles, justifiant le maintien des liens avec l'enfant adopté, malgré l'absence de parenté légale. En l'espèce, ces circonstances étaient réunies puisque la grand-mère maternelle avait élevé elle-même sa petite-fille, orpheline de mère depuis l'âge d'un an, et qu'elle se vit brutalement refuser tout contact avec l'enfant dès le remariage du père²⁷⁹. À la suite d'une cause similaire²⁸⁰, certains auteurs avaient souligné le danger d'accorder trop facilement des droits de visite aux parents par le sang, car on court ainsi le danger, fort grave, de ruiner l'adoption plénière²⁸¹.

Pourtant, la Cour de cassation s'est engagée dans cette voie : dans un arrêt récent, la Cour décide que les liens de sang constituent automatiquement une circonstance exceptionnelle au sens de l'article 371-4 al. 2 C.C.F. Or en l'espèce, la preuve n'avait révélé aucune autre circonstance spéciale, autre que le lien de sang, comme par exemple la préexistence de contacts soutenus entre grands-parents et petit-enfant. Cela revient, finalement, à accorder aux grands-parents d'origine un droit quasi automatique aux relations personnelles et à écarter la fiction légale par laquelle l'enfant sort légalement de sa famille d'origine²⁸².

Un autre solution, à laquelle les tribunaux recourent de plus en plus, consiste à refuser l'adoption plénière dans les cas de décès d'un parent²⁸³. Il s'agit d'une solution unanimement proposée par la doctrine²⁸⁴, car elle permet l'intégration de l'enfant dans sa nouvelle famille, tout en préservant les liens avec la famille du parent décédé. La doctrine défend également le

278. Cass. 5 mai 1986, *Revue trimestrielle de droit civil*, p. 737.

279. À propos de cet arrêt, J. MASSIP écrit : « Il est clair que, dans une telle hypothèse, il faudrait ne prononcer qu'une adoption simple ainsi que le font beaucoup de tribunaux. Mais il serait plus scandaleux encore que cette adoption — obtenue sans que les ascendants soient appelés à la procédure et dont parfois ils n'ont jamais eu connaissance — puisse les priver du droit de voir l'enfant et de le recevoir chez-eux » (*id.*).

280. Pau, 21 avril 1983, *D.* 1984, p. 109.

281. J. HAUSER, note sous *id.* « Ou bien l'on refuse l'adoption plénière dans ces cas (notamment le décès d'un parent et le remariage), ce qui serait peut-être préférable, ou bien l'on assume un moyen de contrôle à la famille par le sang, ce qui n'est pas non plus à exclure », p. 111.

282. Cass. 21 juillet 1987, *Bull. civ.*, I, 235 ; *D.* I, 191.

283. Exemple : Dijon, 6 mars 1985, *Gaz. Pal.* 1985, 2, 303.

284. J. HAUSER, *supra*, note 281 ; T. GARE, *supra*, note 1, p. 101-102 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Personnes et droits de la famille », (1988) *Revue trimestrielle de droit civil* 323.

principe selon lequel les grands-parents devraient être avisés des procédures et consultés avant l'adoption. Plusieurs auteurs invitent le législateur à modifier la loi, afin de maintenir les liens avec la famille d'origine dans les cas d'une adoption plénière par le deuxième époux du conjoint, après le décès de l'autre conjoint. Cette incitation à légiférer est motivée par le fait que de nombreux tribunaux prononcent encore des adoptions plénières, sans se soucier du droit des grands-parents²⁸⁵ et sans utiliser le pouvoir que leur donne l'article 1173 du *Code de procédure civile*, qui permet au juge, avec l'accord du requérant (qu'il peut susciter), de ne prononcer que l'adoption simple dans ces cas particuliers.

La Cour de cassation semble avoir entendu les critiques de la doctrine. Dans un arrêt récent, elle décide que l'adoption plénière, par le second mari (le premier étant décédé) dont le but est de couper les enfants de leur famille paternelle (notamment de leurs grands-parents), constitue un véritable détournement de cette institution²⁸⁶.

La réponse québécoise

Au Québec, il n'existe qu'une sorte d'adoption et celle-ci produit les mêmes effets que l'adoption plénière. En dehors des empêchements au mariage, les liens entre l'enfant et sa famille biologique sont définitivement rompus²⁸⁷. On comprend donc que de nombreux grands-parents désirent intervenir, ou du moins se faire entendre, dans le cadre des procédures d'adoption de leur petit-enfant. Pourtant, la jurisprudence démontre que la tendance est de prononcer l'adoption, car il est généralement dans l'intérêt des enfants de s'intégrer dans leur nouvelle famille. Les tribunaux constatent alors que le droit des grands-parents d'origine doit céder le pas à l'intérêt supérieur de l'enfant.

285. Voir J. RUBELLIN-DEVICHI, *supra*, note 247.

286. Cass. 7 mars 1989, (1989) *J.C.P.* IV, 169. Dans sa préface à l'ouvrage de T. GARE, *supra*, note 1, J. RUBELLIN-DEVICHI propose que « toute adoption devrait comporter une première période, d'un an par exemple, pendant laquelle elle ne produirait que les effets d'une adoption simple, et au bout de laquelle les adoptants devraient demander la conversion en adoption plénière : les grands-parents auraient le temps d'être informés, et de s'opposer à la transformation », p. 11.

287. Article 627 C.C.Q. ; *Droit de la famille* — 265, (1986) R.J.Q. 265 (C.S.) et *Droit de la famille* — 481, J.E. 88-538 (C.S.). Voir à ce sujet E. GROFFIER, « Les principaux problèmes de l'adoption au Canada, en France et en Belgique », (1974) *Revue internationale de droit comparé* 263, 285 ; Dans l'affaire *Anonyme*, C.Q. (Montréal) *supra*, note 1, le tribunal rejette une demande de droit de visite de la part d'une mère, formulée dans le cadre d'une procédure en restitution d'enfant suite à la rétractation de son consentement à l'adoption (article 609 C.C.Q.), au motif que l'autorité parentale est transférée à la famille d'accueil.

C'est en ce sens que trancha le tribunal dans une cause dont les faits étaient les suivants²⁸⁸ : des grands-parents obtiennent des droits d'accès à leur petit-enfant, après le suicide de leur fils, père de l'enfant. L'épouse se remarie et son nouveau conjoint entame des procédures d'adoption, dont le résultat sera de couper les liens entre l'enfant et les grands-parents paternels. Ceux-ci obtiennent l'autorisation du tribunal de la jeunesse d'intervenir au stade de la demande d'ordonnance de placement²⁸⁹. L'ordonnance de placement fut prononcée malgré le fait que le tribunal avait constaté, en l'espèce, l'attachement réciproque entre les grands-parents et leur petit-fils²⁹⁰. Les grands-parents faisaient valoir que l'adoption serait, dès lors, contraire à l'intérêt de l'enfant. Mais le tribunal conclut qu'une

« famille c'est d'abord un père et une mère puis des frères et des sœurs. Une famille c'est accessoirement des grands-parents, des oncles, des tantes, des cousins, des cousines [...] Les grands-parents paternels doivent se contenter d'aimer l'enfant et de vouloir son bien sans s'imposer ».

Pareille décision semble contestable en regard des prescriptions de l'article 30 C.C.B.C. et de l'article 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁹¹. La question est toutefois très délicate, car si l'enfant a, bien entendu, intérêt à devenir membre à part entière de la famille dans laquelle il vit, il a également souvent intérêt à garder contact avec sa famille d'origine, dans les cas d'une adoption par le nouveau conjoint d'un parent. Deux intérêts s'affrontent²⁹². Une solution qui favoriserait l'adoption, tout

288. *Droit de la famille* — 22, (1985) C.S. 852.

289. *Droit de la famille* — 289, *supra*, note 189. Comme nous l'avons vu plus haut, cette intervention fut jugée recevable car « les grands-parents perdent leurs recours de l'article 659 C.C.Q. faute d'intérêt et vu l'absence de lien de droit. Les grands-parents cessent donc d'exister vis-à-vis leur petit-fils », p. 1717.

290. Le tribunal avait même souligné (p. 7) que : « Les grands-parents paternels sont des gens significatifs pour l'enfant. Leur amour et leur attachement ne font aucun doute. »

291. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c.C-12. Ajoutons que la notion de l'intérêt de l'enfant constitue également la pierre angulaire de la récente *Convention internationale des droits de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée générale de l'O.N.U. le 20 novembre 1989, et dont l'article 3.1. stipule :

Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

En soi, ce texte n'ajoute rien au droit positif québécois existant. Il confirme toutefois, de façon solennelle, le principe de l'enfant « sujet de droit ».

292. À propos de la rupture imposée à l'enfant à l'égard de ses grands-parents biologiques, on peut rappeler la constatation de C. BOISCLAIR : « Les tribunaux qui placent ou déplacent l'enfant, dans son intérêt, au nom de l'autorité parentale, du lien biologique ou de l'ordre juridique ne tiennent pas compte suffisamment de la « continuité » nécessaire au développement normal de l'enfant », dans *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde, réalité ou apparence ?*, Sherbrooke, Publ. Rev. dr., 1978, p. 4.

en laissant subsister certains liens avec la famille biologique, paraît plus respectueuse des besoins affectifs de l'enfant.

La question n'avait pas échappé à l'Office de révision du Code civil qui avait proposé que, dans les cas d'adoption par le conjoint du père ou de la mère de l'enfant, le tribunal puisse, à sa discrétion, accorder des droits de visite aux membres de la famille d'origine « si telle mesure lui paraît favorable à l'intérêt de l'enfant »²⁹³. L'Office proposait même d'étendre cette possibilité aux droits successoraux de l'enfant dans sa famille d'origine. Sans le dire expressément, ces propositions revenaient à permettre aux tribunaux de prononcer une sorte d'adoption simple dans les cas où cette solution était dictée par l'intérêt de l'enfant. À l'époque, le Barreau avançait une solution moins radicale, en proposant la possibilité, pour les tribunaux, d'accorder un droit de visite et de sortie aux personnes dont le consentement était requis aux fins de l'adoption, ce qui excluait les grands-parents²⁹⁴. Plus récemment encore, le Barreau du Québec proposait de pallier cette lacune en ajoutant un 2^e paragraphe à l'article 630 C.C.Q., qui se lirait comme suit :

Le tribunal peut dans les mêmes cas, accorder des droits de visite aux membres de la famille d'origine si une telle mesure lui paraît favorable à l'intérêt de l'enfant. Il peut modifier cette mesure en tout temps.²⁹⁵

Cette proposition est intéressante²⁹⁶ mais pour la rendre efficace, la loi devrait prévoir également que toute procédure d'adoption doit être signifiée aux membres proches de la famille d'origine, dont les grands-parents.

293. O.R.C.C., *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, commentaires, p. 204 :

Les adoptions par le nouveau conjoint du père ou de la mère sont, d'après les spécialistes, assez nombreuses au Québec. Elles ont ceci de particulier d'être intra-familiales. L'enfant connaît donc, par hypothèse, sa famille d'origine et la rupture des liens avec celle-ci est loin de s'effectuer toujours dans la pratique. Il a semblé qu'il n'était peut-être pas nécessaire de la provoquer dans tous les cas.

294. BARREAU DU QUÉBEC, *supra*, note 72.

295. BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur la confidentialité des dossiers d'adoption et la recherche des antécédents*, Montréal, 1986. Les auteurs du rapport indiquent que « souvent ce sont des motifs inavoués qui amènent certains parents à faire adopter leurs enfants par le nouveau conjoint : éliminer un parent dérangeant, rompre avec une belle-famille, changer le nom des enfants, mais ces adoptions ne sont peut-être pas toujours à l'avantage de toutes les parties notamment de l'enfant », p. 17.

296. Cette possibilité devrait toutefois se limiter aux cas d'adoption par le nouveau conjoint d'un parent, car permettre des droits de visite dans les autres cas, serait infliger aux adoptants de vivre dans la crainte de voir arriver, à tout moment, un parent d'origine qui, *de facto*, est un parfait étranger pour l'enfant. Cela mettrait en danger la finalité même de l'institution de l'adoption et découragerait certainement de nombreux candidats-adoptants.

Pareille mesure existe déjà en matière de tutelle (en cas de minorité ou d'incapacité d'un majeur) puisque les proches, dont les ascendants, doivent nécessairement être avisés de la réunion du conseil de famille. Cette précaution est notamment dictée par la gravité des conséquences résultant d'une déclaration d'incapacité. Elle serait donc certainement justifiée eu égard aux conséquences draconiennes de l'adoption²⁹⁷.

La question de l'importance de maintenir certains liens entre l'adopté et sa famille par le sang, dans les cas d'adoption « intra-familiales » ne semble pas retenir particulièrement l'attention de la jurisprudence au Québec, alors que c'est le contraire dans les autres provinces canadiennes²⁹⁸. Ainsi, il a déjà décidé que les droits d'accès accordés à un parent lors d'un divorce, ne disparaissent pas lors de l'adoption de l'enfant, car le droit d'accès ne dépend pas des relations parentales, mais bien des relations personnelles entre deux individus²⁹⁹. Il est d'ailleurs intéressant de noter que plusieurs provinces de common law ont adopté des dispositions légales prévoyant expressément la possibilité pour les tribunaux d'accorder des droits d'accès à certains parents par le sang, lorsqu'il s'agit d'adoption intra-familiales et que cette solution rencontre l'intérêt de l'enfant³⁰⁰.

297. Certains auteurs ont émis l'idée que dans la mesure où l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.U.), 1982, c. 11) garantit le droit des parents au respect de leur vie familiale, cela signifie que sont ainsi protégés les liens entre parents et enfants. La validité d'une procédure d'adoption, dont le résultat est la rupture des liens familiaux, qui n'offrirait pas de garanties suffisantes, pourrait être contestée. On pourrait, dès lors, songer à invoquer l'article 7 de la Charte au profit des grands-parents qui, à l'occasion d'une adoption dont ils n'ont pas été avisés, se voient refuser tout contact avec leurs petits-enfants (en ce sens J. WOEHRLING, « Rapport canadien de droit constitutionnel », dans Travaux de l'Association H. Capitant, *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, Paris, Economica, 1990, p. 58).

298. N. BALA, H. LILLES, G. THOMSON, *Canadian Children's Law*, Toronto, Butterworths, 1982, p. 333.

299. *North v. North*, (1978) 6 W.W.R. 75, 6 R.F.L. (2d) 217; *Re Female Child*, *British Columbia Birth Registration n° 74-09-131763*; *Re Adoption Act* (1980) 2 W.W.R. 577 (B.C.S.C.). Cette dernière affaire fait mention de la jurisprudence des tribunaux d'Angleterre qui n'hésitent pas à prévoir, dans les jugements d'adoption, les modalités d'accès de certains parents d'origine, comme par exemple les grands-parents : *Re J.*, (1973) 2 W.L.R. 782; (1973) 2 ALL. E.R., 410; Voir dans le même sens, *Re S.*, (1975) 1 ALL. E.R. 109 (C.A.).

Contra : *Re L.D.E.B.*, (1980) 18 R.F.L. (2d) 47 où la Cour d'appel du Manitoba estime que le droit d'accès obtenu lors du divorce, disparaît à l'occasion de l'adoption de l'enfant.

300. Voir, par exemple, l'article 100 du *Child Welfare Act* du Manitoba, S.M. 1974, c. 30/C 80 et l'article 85(2) du *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. (2.1); cette dernière disposition prévoit, de plus, que l'adoption ne fait pas perdre à l'enfant ses droits découlant de son héritage culturel, ce qui comprend ses droits aborigènes.

Au Québec, l'intervention législative en la matière paraît d'autant plus nécessaire que les tribunaux sont tenus, à l'heure actuelle, par des dispositions très claires et que « ce n'est pas la fonction d'un tribunal de modifier ou d'amender les textes de lois, même pour corriger des situations qui semblent inéquitables »³⁰¹. Une intervention du législateur, dans le sens proposé plus haut, devrait permettre de concilier l'intérêt des adoptants, de l'enfant et de sa famille d'origine.

Il est intéressant de rappeler qu'en droit romain et grec, le but de l'adoption était de permettre à celui qui n'avait pas de descendants par le sang d'assurer la continuation du culte des ancêtres. Par conséquent, avec l'avènement du christianisme, cette institution avait pratiquement disparu au moyen âge³⁰². L'adoption ne fut « restaurée » dans le *Code civil* de 1804 que sur l'insistance de Napoléon (lui-même préoccupé de n'avoir pas de fils) et seulement dans des conditions extrêmement strictes³⁰³.

À l'origine, l'intérêt de l'adoptant est donc le critère déterminant, c'est-à-dire son désir de se donner une descendance ou de l'étendre. On comprend donc aisément que, dans cette perspective, le droit refusait à la famille d'origine de reprendre contact avec l'enfant. Par la suite l'adoption évolua pour devenir une institution « caritative », dont le but principal devint l'intérêt de l'enfant. Dans cette perspective, il apparaît plus normal de prévoir le maintien de certains liens avec la famille d'origine lorsqu'il s'agit d'adoption intra-familiales.

Dans un passé récent, l'autorité parentale ou paternelle était une institution de police familiale, dont la finalité était la protection de la cohésion familiale. Le titulaire avait donc le droit absolu de régir les relations de l'enfant avec l'extérieur. Aujourd'hui, l'autorité parentale a pour fonction principale la protection et l'épanouissement de l'enfant, raison pour laquelle le titulaire ne peut plus décider arbitrairement des contacts de l'enfant avec d'autres personnes. Le droit des grands-parents en est l'expression. On peut faire un parallèle avec l'adoption. Hier institu-

301. *Tillotson Rubrer C. Ltd v. Smith*, (1954) B.R. 321, p. 326, cité par A. POPOVICI, « Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles sources de droit au Québec ? », (1973) 8 *R.J.T.* n° 2, 193.

302. H. DE PAGE, *supra*, note 53, p. 1064 ; P. BERCKMANS, C. DE VOCHT et J. VAN HOUTTE, *Adoptie, Een rechtssociologische benadering, Studies en documenten*, Antwerpen, uitg. De Sikkel, 1981, p. 14-22 ; M. CAN LOOK, « Evolutie van het Belgische adoptie-recht », (1970) *T.P.R.*, 345.

303. Voir P. MAHILLON, « Evolution historique de l'adoption depuis le droit romain », *Mélanges en hommage à Victor Gothot*, Faculté de droit de Liège, 1962, p. 435 et J. CANIVET, « Napoléon et l'adoption », (1964) *Annales du notariat et de l'enregistrement* 1.

tion protégeant l'adoptant, on ne pouvait imposer à ce dernier la présence de parents d'origine. Aujourd'hui, conçue dans l'intérêt de l'enfant, ce dernier devrait pouvoir garder certains liens qui lui sont bénéfiques. L'évolution historique de l'adoption semble également justifier une intervention législative, afin de permettre le maintien de liens limités entre l'enfant et certains membres de sa famille d'origine.

Contrairement à une affirmation courante³⁰⁴, l'adoption ne fait pas perdre tous leurs droits aux grands-parents d'origine. Elle ne fait que leur enlever le droit prévu par l'article 659 C.C.Q. c'est-à-dire le droit propre aux relations personnelles et, par conséquent, le bénéfice de la présomption selon laquelle il est *a priori* dans l'intérêt d'un enfant d'avoir des contacts avec ses grands-parents. Ceux-ci, par l'effet de l'adoption, deviennent des tiers à l'égard de l'adopté. Or à ce titre, ils pourront éventuellement faire valoir, devant les tribunaux, un droit virtuel aux relations personnelles. Il devient, dès lors, important d'aborder la question des droits d'accès des tiers, c'est-à-dire des personnes autres que les ascendants.

3.4. Les autres tiers

En France, avant l'adoption de l'article 371-4 C.C.F., la jurisprudence était très réticente à admettre qu'un tiers puisse entretenir des relations personnelles avec un enfant, contre la volonté des titulaires de l'autorité parentale. C'est ainsi que la Cour de cassation refusait des droits de visite à des parents nourriciers ou à des parrains et des marraines³⁰⁵. Le droit d'accès n'était pratiquement accordé à des tiers que dans des situations de démembrement de l'autorité parentale et dans des cas où la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de l'enfant était en danger³⁰⁶. En 1966, la Cour de cassation opéra un virement en acceptant que dans des cas limités et en l'absence de motifs tirés de l'intérêt de l'enfant ou de l'exer-

304. Voir notamment *Droit de la famille*—289, *supra*, note 189 et *Droit de la famille*—310, J.E. 86-1021.

305. Cass. 10 mars 1958, *D.* 1959, 29, note R. SAVATIER; Cass. 22 mars 1961, *D.* 1961, 521, note R. SAVATIER; dans cette dernière affaire, une employée de maison avait donné naissance à un enfant de père inconnu. Les employeurs, parrain et marraine de l'enfant, s'étaient occupé de celle-ci pendant quelques années jusqu'à ce que les contacts leur soient refusés, suite au mariage de l'employée. La Cour d'appel leur avait accordé un droit de sortie d'un mois pendant les vacances, arrêt réformé par la Cour de cassation. Voir également Paris, 25 juin 1963, *D.* 1963, 507; Paris, 24 octobre 1963, *J.C.P.* 1964, II, 13457; Lyon, 17 octobre 1963, *D.* 1964, 254.

306. Voir en ce sens, G. VINEY, *supra*, note 90, p. 248.

cice normal des droits de puissance paternelle, le droit de visite ne pouvait être refusé à certains tiers³⁰⁷.

Avec l'adoption de l'article 371-4 al. 2 C.C.F., les tiers ont désormais un droit virtuel, légalement protégé. Virtuel seulement, puisqu'il leur appartient de démontrer l'existence d'une situation exceptionnelle. Le fardeau est donc renversé par rapport au droit des grands-parents. Le texte n'exclut formellement aucune personne de la possibilité d'entretenir certains contacts avec l'enfant. Mais les parents gardent évidemment le contrôle sur ces contacts et les tribunaux ne pourront intervenir qu'exceptionnellement. Pour reprendre l'expression d'un auteur, cela signifie que le juge pourra « retenir des fondements multiples, critères matériels de l'accueil au foyer ou de la participation alimentaire, critères d'ordre affectif surtout, la considération de l'intérêt de l'enfant jouant toujours de correctif »³⁰⁸. Mais, s'il appartient aux tribunaux d'apprécier ce que constitue une « situation exceptionnelle », il faut rappeler que le législateur avait surtout en vue, lors de l'instauration de l'article 371-4 al. 2, le cas de personnes ayant élevé l'enfant pendant un certain temps³⁰⁹.

En Belgique, aucun texte légal consacre le droit des tiers mais il n'en demeure pas moins que le cercle des titulaires d'un droit de visite tend, comme en France, à s'étendre depuis quelques années, sous l'impulsion du mouvement en faveur de la protection des intérêts de l'enfant³¹⁰. La jurisprudence belge reconnaît donc à certains tiers un droit d'action, s'ils peuvent démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles. Selon plusieurs auteurs, ce droit de visite virtuel devrait, en principe, se limiter à des cas où les tiers ont, dans le passé, pris soin de l'enfant³¹¹ ou, à tout le moins, manifesté une sollicitude particulière à son égard³¹². Le fondement

307. Cass. 39 mars 1966, *D.* 1966, 369, note Rouast ; il faut noter toutefois, qu'en l'espèce il s'agissait d'un cas exceptionnel puisque le tiers était le père adultérin de l'enfant, dont la paternité ne pouvait être établie en raison de son caractère « illégal ».

308. R. LEGEAIS, *L'autorité parentale*, Paris, éd. du Rép. not., Defrénois, 1973, p. 71. Pour un exemple d'application : Cass. 17 mai 1972, *D.* 1972, Somm. 162. La Cour accorde un droit de visite et d'hébergement au second mari de la grand-mère, jugeant situation exceptionnelle le fait pour l'enfant de considérer cet homme comme son propre grand-père et d'avoir été habitué de lui rendre visite chaque fin de semaine, jusqu'au jour où les relations avec les parents de l'enfant ont été rompues à la suite d'un différend.

309. P. GUIHO, *Cours de droit civil 3, la famille*, 2^e éd., Paris, Hermès, 1986, p. 421 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, *supra*, note 284, p. 322.

310. J. DABIN, *supra*, note 135 ; J.-P. MASSON, « Chronique de jurisprudence », (1973) *Journal de tribunaux* 324.

311. Par exemple, suite au décès d'un parent, la séparation, le divorce des parents ou l'abandon de l'enfant.

312. M.-T. MEULDERS-KLEIN, *supra*, note 77, p. 143.

du droit des tiers serait alors cette parenté d'affection qui les lie à l'enfant³¹³. On pourrait également parler de parenté psychologique³¹⁴.

La jurisprudence révèle d'ailleurs que dans la plupart des cas où un droit d'accès est accordé à un tiers, il s'agit d'une situation où celui-ci a pu démontrer qu'il avait, auparavant, des liens privilégiés avec l'enfant³¹⁵. On voit donc que si les tiers ont un fardeau de preuve à rencontrer, leurs droits aux relations personnelles sont néanmoins protégés. Ils ne seront toutefois consacrés par les tribunaux que dans des situations exceptionnelles et dictées par l'intérêt de l'enfant. La porte est donc fermée aux collatéraux et aux tiers qui ne peuvent justifier de liens d'affection exceptionnels préexistants.

Quant au système québécois, il est utile de rappeler brièvement l'état de la jurisprudence concernant la possibilité pour les tiers de réclamer la garde d'un enfant, car les tribunaux réfèrent à cette jurisprudence, lorsqu'il s'agit du droit d'accès des tiers. La jurisprudence, bien avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, était déjà très claire sur le fait que le juge, dans le cadre d'une séparation de corps, pouvait confier l'enfant à qui il voulait : un parent, une institution, un étranger³¹⁶. Depuis, la loi elle-même prévoit expressément cette possibilité³¹⁷. De plus, lorsque des enfants étaient confiés à des tiers et que le père ou la mère venait à décéder, le survivant ne pouvait prétendre regagner ses droits sans intervention du

313. En ce sens, Trib. civ. Liège (référés) 20 janvier 1984, *J.P. Liège*, n° 15, 1984, p. 194 : le tribunal décide qu'un droit de visite peut être reconnu en l'absence de tout lien juridique, sur base tant des liens de sang que des liens affectifs. Voir aussi J.-P. MASSON, « Chronique de jurisprudence », (1976) *Journal de tribunaux* 200.

314. D'autres auteurs ne voient dans la parenté d'affection que le fondement accessoire du droit des tiers, le véritable fondement étant le bien de l'enfant ; les tiers ont donc le fardeau de démontrer qu'en l'absence de droits de visite, il y aurait danger objectif pour la santé et l'équilibre affectif de l'enfant. Voir M.-T. MEULDERS-KLEIN, *supra*, note 77, p. 144.

315. Cass. 11 janvier 1973, *Pas.* 1973, I, 467 : la Cour de cassation accorde un droit de visite au profit d'une tante qui avait élevé l'enfant pendant plusieurs années ; Liège 31 mars 1971, *J.T.* 1971, p. 328 : la Cour d'appel organise un droit de visite au profit d'un oncle et d'une tante qui avaient gardé chez eux un enfant pendant près de dix ans ; voir également Bruxelles 23 janvier 1980, *J.T.* 1980, p. 360 et E. VIEUJEAN, *Les personnes*, T.II, B. Presses universitaires de Liège, 1984, p. 514.

316. J. PINEAU, *supra*, note 7, n° 169. Il convient de rappeler que jusqu'en 1977, c'est le père qui exerçait la puissance paternelle et que, dans le cadre d'une procédure de séparation, il ne pouvait être privé de cette administration que pour des motifs graves (art. 200 C.C.B.C.).

317. Article 570 C.C.Q. et article 16(1) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.).

tribunal³¹⁸. Par la suite, la jurisprudence de la Cour d'appel fut à l'effet qu'on ne pouvait accorder la garde d'un enfant à un tiers sans qu'il y ait de motifs de déchéance, car ôter la garde au parent, revient à le déchoir partiellement de son autorité³¹⁹. La Cour suprême du Canada mit fin à cette tendance de la jurisprudence, pour rappeler clairement que les tribunaux peuvent confier la garde d'un enfant, dans son meilleur intérêt, à une tierce personne, sans que cela ait pour conséquence la déchéance implicite partielle de l'autorité parentale³²⁰. L'intérêt de l'enfant devient, dès lors, le critère fondamental, au point même que le juge Beetz écrit que cette notion « est devenue en droit civil québécois la pierre angulaire des décisions prises à son endroit ».

À partir de cet arrêt de la Cour suprême, il devint tentant de plaider que si les tribunaux peuvent, en se basant sur l'article 30 C.C.B.C., accorder la garde d'un enfant à un tiers, à plus forte raison peuvent-ils leur accorder des droits d'accès en invoquant la même disposition³²¹. Selon ce raisonnement, le droit civil québécois offre donc aux tiers un droit d'action que leur donne déjà la *Loi sur le divorce de 1985*. L'article 16 (1) et (3) de cette loi prévoit qu'avec autorisation du tribunal, un tiers peut intervenir dans la procédure de divorce pour obtenir des droits d'accès à l'enfant³²². C'est ainsi qu'on vit des pères « psychologiques » se baser sur l'article 30 C.C.B.C. et les liens d'affection, pour obtenir un droit d'accès aux enfants de leur conjoint, après une séparation. Certains tribunaux ont déclaré de telles demandes irrecevables, vu l'absence de lien de parenté réelle et

318. *Tourville c. Rondeau*, (1977) C.A. 46. En l'espèce, les parents, par convention sur mesures accessoires dans le cadre de leur divorce, avaient confié les enfants aux grands-parents maternels ; voir aussi *Droit de la famille* — 228, (1985) C.S. 808 : un jeune homme de 17 ans est confié à sa tante, suite au décès de son père qui en assumait la garde. Il désire rester chez sa tante, mais la Cour est saisie d'une requête pour garde, présentée par la mère. La Cour refuse d'accéder à la requête parce que l'intérêt de l'enfant milite en faveur du *statu quo*. La Cour rappelle que s'il y a effectivement une présomption que l'enfant est mieux chez ses parents, celle-ci peut être renversée par l'article 30 C.C.B.C.

319. *Droit de la famille* — 52, (1983) C.A. 388 ; *Droit de la famille* — 320, (1987) R.J.Q. 9 ; *Droit de la famille* — 236, (1985) C.A. 566.

320. *C. c. V.-F.*, (1987) R.C.S. 244.

321. On peut dire qu'avant cet arrêt, en règle générale, les personnes autres que les parents ou les grands-parents, n'avaient pas la possibilité d'obtenir des droits d'accès à l'enfant. Voir notamment *B. c. B.*, (1982) R.P. 363 (C.S.) ; *Arial c. Trudeau*, (1978) C.A. 364.

322. J. PAYNE, *Payne on Divorce*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1988, p. 19 : « Such leave will presumably be granted only to persons who have some real connection or real relationship to the child [...] In all likelihood an increasing number of orders will be made whereby members of the extended family, and particularly grandparents, will be granted access privileges with respect to children on the dissolution of the parents' marriage. »

légale³²³. Mais un arrêt récent de la Cour d'appel du Québec confirme la tendance nouvelle de la jurisprudence, en indiquant clairement que depuis l'arrêt *C. c. V.-F.* de la Cour suprême, des droits de visite et de sortie peuvent être accordés à des tiers qui n'ont aucun lien biologique avec l'enfant³²⁴. En l'espèce, l'appelant n'était pas le père des enfants mais avait vécu maritalement avec leur mère pendant un an et demi et avait tissé avec eux des liens significatifs d'affection. On comprend d'emblée l'intérêt que peut représenter cette jurisprudence pour les grands-parents d'origine, dans les cas d'enfants adoptés. Ils pourront certainement invoquer ces décisions pour obtenir le rétablissement des liens avec l'enfant. Ils devront, toutefois, démontrer que cela rencontre le meilleur intérêt de celui-ci. Or, si on considère les décisions mentionnées, cela signifie qu'ils devront vraisemblablement faire état de la préexistence de liens affectifs très étroits et de contacts soutenus. Il est à peu près certain que les tribunaux ne voudront accorder de droits de visite à des tiers que dans des circonstances exceptionnelles, comme c'était le cas dans l'affaire *Droit de la famille — 771* (C.A.). La preuve de l'intérêt de l'enfant, dans le cadre d'une demande d'accès formulée par un tiers, inclut donc implicitement la preuve de circonstances exceptionnelles. On en trouve un exemple récent dans une cause où un père psychologique se voit refuser un droit de visite, malgré le fait qu'il avait entretenu des contacts nombreux avec les enfants de son ex-conjointe pendant quelques années. La Cour estime que ces contacts nuiraient à l'intégration de l'enfant dans sa nouvelle famille, tout en rappelant que l'article 30 C.C.B.C. établit que l'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits sont les motifs déterminants des décisions prises à son sujet³²⁵. Rappelons d'ailleurs que dans l'arrêt *C. c. V.-F.* de la Cour suprême du Canada, le juge Beetz soulignait que si l'intérêt de l'enfant tel qu'énoncé à l'article 30 C.C.B.C. suffit pour confier l'enfant à un tiers, cela signifie que ce dernier « doit établir de façon prépondérante que le développement ou l'épanouissement de l'enfant risque d'être compromis s'il demeure chez son père ou sa mère ou s'il retourne y vivre ». C'est donc dire que dans certains cas, comme celui du droit d'accès des tiers, la notion d'intérêt de l'enfant doit inclure la preuve de circonstances exceptionnelles en dehors desquelles on ne peut passer outre à la décision du titulaire de l'autorité parentale.

Il nous semble que le droit d'action des tiers, de même que cette exigence quant aux circonstances exceptionnelles, devraient être prévus

323. En ce sens : *Droit de la famille — 1164*, (1988) R.D.F. 158 et *Anonyme*, C.S. (Montréal) 500-04-002079-896 25 juillet 1989, juge C.A. Phelan.

324. *Droit de la famille — 771*, (1990) R.D.F. 68.

325. *Droit de la famille — 1123*, (1987) R.D.F. 500.

de façon explicite dans le *Code civil du Québec*, comme c'est le cas en droit français et comme l'avait d'ailleurs proposé initialement l'Office de révision du Code civil³²⁶. En effet, il n'est pas évident que l'article 30 C.C.B.C. confère véritablement un droit d'action aux tiers en matière d'accès. Cet article édicte que toutes décisions prises au sujet d'un enfant doivent l'être dans le respect de ses droits et de son intérêt. La jurisprudence a établi qu'il ne s'agit pas seulement des décisions de justice, mais également des décisions des parents, du tuteur, etc. ... Cela ne signifie pas pour autant qu'un tiers pourrait prendre une décision à l'égard d'un enfant dont il n'a pas la charge, sous-prétexte que cette décision va dans le sens de son meilleur intérêt ! L'article 30 C.C.B.C. impose au tribunal de considérer l'intérêt de l'enfant *lorsqu'il doit prendre une décision à son égard*. Encore faut-il que le tribunal soit valablement saisi. Or à l'heure actuelle, aucune disposition légale ne donne ce droit d'action à un tiers, alors qu'il est explicitement prévu en ce qui concerne les parents, par exemple³²⁷.

Si le titulaire de l'autorité parentale pouvait, en cas de difficulté relative à l'exercice de cette autorité, saisir le tribunal sur la seule base de l'article 30 C.C.B.C., il faudrait alors conclure que l'article 653 C.C.Q. est inutile. La Cour d'appel a éludé cette question de droit judiciaire en décidant que « l'article 30 C.C.B.C. permet d'aménager l'exercice de la garde d'un enfant (et que) lorsqu'un tribunal reconnaît à un tiers des droits de visite et de sortie d'un enfant, il aménage l'exercice de la garde de cet enfant »³²⁸.

De plus, il ne faut pas perdre de vue que l'arrêt *C. c. V.-F.* de la Cour suprême concernait un cas de garde confiée à un tiers et que les enfants, déjà adolescents, refusaient de retourner chez leur père. Il s'agissait donc d'un cas où l'éducation et le développement des enfants étaient en jeu. Il n'est donc pas certain qu'on puisse appliquer tous les principes de cet arrêt aux situations où le tiers ne réclame qu'un droit d'accès et où, par définition, l'enjeu, tout en étant important, est tout de même moins grave. Cette situation floue ainsi que les hésitations de la jurisprudence en la matière³²⁹ devraient faire pencher en faveur d'une intervention législative, qui pour-

326. L'O.R.C.C. avait en effet prévu un troisième alinéa à la disposition concernant le droit des grands-parents aux relations personnelles avec leurs petits-enfants. Cette disposition se lisait ainsi : « en considération de situations exceptionnelles, le tribunal peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non. »

327. Article 653 C.C.Q.

328. *Droit de la famille* — 771, *supra*, note 324.

329. Qu'il suffise de penser au refus d'accorder des droits d'accès aux grands-parents d'origine.

rait se limiter à l'ajout d'un 3^e alinéa à l'article 659 C.C.Q. et qui se lirait ainsi :

En considération de situations exceptionnelles, le tribunal peut également régler les modalités des relations de l'enfant avec d'autres personnes.

Cette nouvelle disposition lèverait toute ambiguïté en ce qui a trait à la recevabilité des demandes d'accès formulées par des tiers, parents ou non. Elle aurait également l'avantage d'indiquer clairement qu'il appartient alors au demandeur de faire la preuve de circonstances exceptionnelles, ainsi que de la conformité de la demande avec le meilleur intérêt de l'enfant. Les tribunaux auraient la tâche de définir la notion de « circonstances exceptionnelles », car il serait inopportun d'en figer le contenu dans un texte de loi³³⁰.

4. L'exercice du droit : modalités et limites

4.1. Modalités : visites-sorties-hébergement

L'article 659 C.C.Q. en protégeant les « relations personnelles » entre les grands-parents et les petits-enfants, introduit non seulement un droit nouveau, mais également une terminologie nouvelle. On chercherait en vain les mots « relations personnelles » dans d'autres dispositions législatives. Le droit de visite, faut-il le rappeler, est, en droit québécois également, une construction jurisprudentielle. La jurisprudence en a fait une modalité d'exercice de l'autorité parentale et, plus récemment, s'agissant de tiers, un droit fondé sur la parenté d'affection. La loi fédérale sur le divorce fait, quant à elle, directement mention du droit de visite en utilisant les mots « droit d'accès »³³¹ et reprend, en fait, la terminologie consacrée en common law et que l'on retrouve également dans de nombreuses législations sur l'enfance, dans les autres provinces canadiennes.

Depuis l'introduction de l'article 659 C.C.Q., les juristes québécois ont pris pour acquis que « relations personnelles » était synonyme de « droit de visite et de sortie », c'est-à-dire le droit d'accès de façon large et entendu dans son acception ordinaire. Ainsi, la quasi-totalité des requêtes présentées sur la base de cette disposition, s'intitulent « requêtes en droits de visite et de sortie » ou, plus récemment, « requêtes en droits

330. La notion de parenté psychologique, développée par la Cour suprême, pourrait être pertinente à cet égard. Voir *Beson c. Director of Child Welfare of Newfoundland*, (1982) 2 R.C.S. 716 ; *Racine c. Woods*, (1983) 2 R.C.S. 173 ; *King c. Low*, (1985) 1 R.C.S. 87.

331. Article 16 de la *Loi sur le divorce de 1985*, *supra*, note 317.

d'accès ». D'entrée de jeu, la notion de droit aux relations personnelles des grands-parents a donc été mis, au niveau de la terminologie et du contenu, sur un pied d'égalité avec celle de droit d'accès³³². Sur 27 jugements qui accueillent la requête, en tout ou en partie, 14 accordent un droit de sortie avec hébergement de l'enfant chez les grands-parents demandeurs. Dans 11 cas, le jugement n'accorde qu'un droit de sortie chez les grands-parents, mais sans hébergement, alors que dans 2 dossiers, les grands-parents n'obtiennent qu'un droit de visite au sens strict, c'est-à-dire la possibilité de rendre visite à l'enfant, là où il se trouve.

Le législateur français, en introduisant les termes « relations personnelles » de l'article 371-4 C.C.F., consacrait une terminologie utilisée depuis longtemps par la jurisprudence. En 1970, époque de l'adoption de cette disposition, l'état de la jurisprudence était que « relations personnelles » signifiait « droit de visite » au sens large, c'est-à-dire en incluant droit d'hébergement. Mais, s'agissant de grands-parents, il n'en a pas toujours été ainsi. Nous avons vu qu'à l'origine, le droit des grands-parents ne fut accordé qu'avec réticence, car il constituait une entorse grave à la puissance paternelle³³³. On comprend donc que dans un premier temps, les tribunaux permettaient seulement des visites au domicile de l'enfant et en présence du titulaire de la puissance paternelle³³⁴. Très rapidement toutefois, les tribunaux ont admis que cette exigence était impraticable dans la plupart des cas et que les droits de visite devaient, en principe, s'exercer au domicile de celui qui les réclame et hors la présence de témoins et, donc, en l'absence du titulaire de l'autorité parentale. En effet, on évite ainsi de mettre en contact parents et beaux-parents dont les relations sont extrêmement tendues³³⁵. Le droit de visite se limitait, alors, à des visites et à des sorties sans hébergement chez les grands-parents. La jurisprudence faisait une importante distinction entre « visites » et « séjours »³³⁶. elle considérait que les séjours, contrairement aux visites, constituaient une atteinte au

332. Voir, par exemple, *Anonyme*, C.S. (Montréal), *supra*, note 109, où le juge écrit que « l'article 659 C.C.Q. et l'article 30 C.C.B.C. ne laissent aucun doute que l'accès par les grands-parents aux petits-enfants est la règle normale » (p. 4).

333. En créant le droit de visite, la jurisprudence avait pour but d'accorder un droit de nature purement affective et non pas un droit relatif à la protection juridique ou à la direction de l'enfant (G. VINEY, *supra*, note 80, p. 250).

334. *Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz, 976 « Autorité parentale », n° 97, ; pour un exemple : Bourges, 8 décembre 1884, *D.P.* 1886, 2, p. 78.

335. Trib. civ. Lyon, 11 mars 1893, *D.* 1894, I, 218 et Req., 12 février 1984, *D.* 1894, I, 218.

336. Voir Cass. 28 juillet 1891, *D.* 1892, I, 70 ; Paris 12 juin 1913, *Gaz. Pal.* 1913, 2, 273.

droit de garde³³⁷. Ce n'est qu'en 1931 que la Cour de cassation accepta le principe d'un droit d'hébergement mais à titre occasionnel seulement³³⁸. Finalement, en 1942, la Cour de cassation établit que les séjours constituent un mode normal de l'exercice de droit de visite, en arrêtant que « nonobstant les dispositions de l'article 374 du Code civil³³⁹, les tribunaux peuvent autoriser des séjours périodiques des petits-enfants chez leurs grands-parents, lorsqu'ils sont le mode le plus favorable d'exercice de ce droit, tout en sauvegardant les prérogatives de la puissance paternelle »³⁴⁰. La doctrine vit unanimement dans la terminologie de l'article 371-4 al. 1 C.C.F., la consécration législative de cette acception extensive de la notion de droit de visite³⁴¹. Un argument de texte permet d'ailleurs d'aller dans le même sens : l'article 371-4 al. 2, qui prévoit le droit de visite des tiers, parle du « droit de correspondance ou de visite » alors que l'alinéa premier ne fait aucune distinction. Il est donc logique que les termes « relations personnelles » fassent l'objet d'une interprétation large. La jurisprudence est sans équivoque à ce sujet et il est donc acquis que l'article 371-4 al. 1 comporte un droit de visite élargi³⁴². La Cour de cassation rappelait récemment que le droit d'hébergement, et donc de séjour, est contenu dans la notion de droit de visite et de droit aux relations personnelles, dont il « ne constitue qu'une des modalités »³⁴³. Dans à peu près toutes les affaires, c'est précisément un droit à des séjours périodiques que revendiquent les grands-parents³⁴⁴.

337. À propos de cette distinction P. GUIHO s'exprime ainsi : « Prétendre que les simples visites ne portent pas atteinte au droit de garde, c'est aller contre l'évidence [...] D'ailleurs on n'a pas trouvé de critère satisfaisant pour distinguer les visites des séjours. On a parfois dit qu'il y a séjour et non plus simple visite lorsque le mineur passe la nuit hors du domicile de son gardien, mais ce n'est là qu'une distinction de pur fait. Et beaucoup d'auteurs reconnaissent qu'entre séjours et visites, il n'y a pas de différence de nature, mais seulement une différence de degré. »

338. Cass. 6 juillet 1931, S. 1931, I, 390.

339. C'est-à-dire l'article qui prévoit que l'enfant ne peut quitter le domicile familial sans l'autorisation du titulaire de l'autorité parentale.

340. Cass. 24 février 1942, S. 1942, I, 59.

341. *Répertoire de droit civil*, *supra*, note 334, n° 99.

342. En ce sens J. RUBELLIN-DEVICHI, *supra*, note 284, p. 319.

343. Cass. 5 mai 1986, D. 1986, I.R., p. 307 et commentaires de J. RUBELLIN-DEVICHI, « Personnes et droits de la famille », (1987) *Revue trimestrielle de droit civil* 737. Voir également les commentaires de J. MASSIP, note sous Cass. 5 mai 1986, *supra*, note 278, 737, qui rappelle que droits d'hébergement et de visite sont liés et que les juges du fond n'hésitent pas à accorder un droit d'hébergement sur le fondement de l'article 371-4 al. 2 qui, pourtant, ne prévoit que le droit de visite.

344. Voir l'étude de cas de G. SUTTON, *supra*, note 85, n° 12. Cette étude révèle que c'est cette demande de séjours qui est à l'origine du conflit, car dans la majorité des cas les parents acceptent que les grands-parents continuent ou recommencent à voir l'enfant, mais chez les parents et en leur présence.

En Belgique, le contenu du droit de visite a suivi sensiblement la même évolution qu'en France, dans le sens d'un élargissement progressif au profit du « créancier ». Il est maintenant unanimement admis que le droit de visite, ou droit aux relations personnelles, comprend correspondance, visites, séjours périodiques, vacances³⁴⁵. Quelques décisions isolées continuent néanmoins à faire une distinction entre droit de visite et relations personnelles en donnant à cette dernière notion un contenu plus restreint³⁴⁶.

Cette tendance générale à accepter que les grands-parents, en plus de rester en contact avec leurs petits-enfants, puissent héberger ceux-ci et les avoir avec eux pour des séjours plus ou moins longs, contre la volonté des titulaires de l'autorité parentale, peut paraître surprenante à première vue. En effet, il est évident que celui qui garde un enfant a sur lui un pouvoir et une influence qui ne sont pas négligeables. Ainsi, le gardien temporaire décide, par exemple, de ce que lira l'enfant pendant les séjours, quelles émissions de télévision il regardera, comment il se nourrira, etc. ... Le titulaire de l'autorité parentale, qui est absent, n'a, dans les faits, que peu de contrôle sur ces actes quotidiens. Et pourtant ceux-ci constituent des occasions d'influence sur l'éducation de l'enfant, parfois inconscientes, qu'il ne faut pas sous-estimer. Les grands-parents ont, bien entendu, le droit de rester eux-mêmes pendant l'exercice de leur droit de visite. On ne leur demande pas de renoncer à ce qu'ils sont et à ce à quoi ils croient. Mais il ne faut pas oublier qu'il y a, dans le droit de visite, ce que certains ont qualifié de « germes de censure de l'autorité parentale »³⁴⁷, ne serait-ce que par l'exercice temporaire d'une direction différente sur l'enfant, qui fait ressentir aux parents la possibilité d'adopter un autre système d'éducation. La plupart du temps cette influence sera d'ailleurs bénéfique pour l'enfant, mais il n'en demeure pas moins qu'il y aura influence et que celle-ci, dans le contexte de conflit, sera vécue par les parents comme une intrusion inacceptable dans l'éducation de l'enfant. La jurisprudence et la doctrine française et belge acceptent généralement l'idée d'une certaine influence des grands-parents sur l'éducation des enfants et cela se comprend assez aisément dans un contexte juridique qui fait encore une place importante

345. E. VIEUJEAN, *supra*, note 315, p. 510 ; C. REMON, *supra*, note 77, p. 8 ; Trib. jeun. Bruxelles, 6 juin 1985, *R.T.D.F.* 1987, p. 491.

346. Ex : Trib. Bruxelles, 1^{er} mars 1977, *R.T.D.F.* 1980, p. 67, note M.-F. LAMPE-FRANZEN « De la possibilité et de l'opportunité d'établir une corrélation entre les obligations et les droits du « père de fait » à l'égard de son enfant » ; W. DELVA, « Adoptie en wettiging door adoptie », *T.P.R.* 1981, p. 927.

347. A. SAYAG, *supra*, note 8, p. 62.

aux aïeux³⁴⁸. Certains auteurs vont jusqu'à voir dans la formulation de l'article 371-4 C.C.F. la possibilité de rattacher aux droits des grands-parents une « certaine participation à l'éducation des enfants »³⁴⁹. Il est clair, pourtant, que le droit aux relations personnelles ne comprend pas le droit à l'éducation³⁵⁰.

En droit québécois, les grands-parents n'occupent pas la place que leur donne encore le droit français. Ce droit aux relations personnelles avec leurs petits-enfants est certes considéré comme une limite à l'autorité parentale³⁵¹. La jurisprudence a donné plus de poids encore à cette entrave en accordant aux grands-parents des droits de séjours, contre la volonté des parents. Dans un article récent sur la notion d'autorité parentale, A. Mayrand rappelle que « le droit d'hébergement est plus étendu que le droit de visite ou, selon l'expression courante du palais « le droit de sortie »³⁵². Dans le chef du parent non-gardien ce droit d'hébergement constitue un « morcellement du droit de garde »³⁵³ car « quand il exerce son droit de sortir avec l'enfant et de le garder temporairement chez lui, il prend l'initiative de sa surveillance et de son éducation [...] Son règne est éphémère, mais quand il héberge l'enfant chez lui pour un congé ou des vacances, il en a la garde momentanée ; c'est lui qui décide de l'alimentation de l'enfant, de ses activités, de ses fréquentations, de ses instructeurs ou percepteurs pour la durée de l'hébergement »³⁵⁴. Dans l'arrêt *C. c. V.-F.* de la Cour suprême, le juge Beetz rappelle également que « héberger » un

348. R. RIMANQUE, *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige -publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beginselen*, Bruxelles, Bruylant, 1980, deel 2, p. 641.

349. R. LEGAIS, *supra*, note 308, p. 67. Cet auteur estime que « les relations personnelles (des grands-parents) peuvent être l'occasion d'une influence intellectuelle, morale, religieuse à laquelle les parents ne pourront s'opposer que dans la mesure où elle se révélerait contraire à l'intérêt de l'enfant ». Cette analyse peut paraître dangereuse car elle permettrait aux grands-parents d'exercer, par exemple, une influence religieuse sur l'enfant, qui pourrait être jugée dans son intérêt tout en étant contraire aux convictions des parents.

350. En ce sens, Liège 19 février 1988, *Pas.* 1988, II, 135. En l'espèce, la Cour d'appel était saisie d'une demande de grands-parents qui voulaient que leur petit-fils soit autorisé à partir en classe de neige, alors que le père, gardien de l'enfant, — refusait de l'inscrire à ce programme scolaire. Les grand-parents estimaient qu'il s'agissait d'un abus de puissance parentale et pensaient pouvoir soumettre le cas au tribunal car ils plaidaient que leur droit de visite incluait un droit de participation active à l'éducation des enfants. La Cour d'appel déclare leur action irrecevable.

351. En ce sens, M. CASTELLI, *Précis du droit de la famille*, 2^e éd., Québec, P.U.L., 1990, p. 243.

352. A. MAYRAND, « La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale », (1988) 67 *R. du B. can.* 195.

353. *Id.*, p. 191.

354. *Id.*, p. 205.

enfant constitue un attribut de l'autorité parentale dans le chef du parent non-gardien. Par conséquent, le parent non-gardien qui héberge son enfant à l'occasion d'une fin de semaine ou d'une période de vacances, est gardien temporaire de l'enfant parce que le fondement de son droit réside dans l'autorité parentale, dont il demeure titulaire. Par ailleurs, le droit de retenir l'enfant sous son toit³⁵⁵ constitue en réalité le droit de garde dans sa conception la plus étroite. Mais c'est en même temps l'aspect physique et utilitaire du droit de garde, c'est-à-dire la condition *sine qua non* de l'exercice des autres attributs de l'autorité parentale. Par conséquent, qu'on le veuille ou non, les séjours prolongés de l'enfant en dehors de son domicile constituant, pour celui qui l'héberge, une occasion de se substituer au titulaire de l'autorité parentale. Le grand-parent qui héberge son petit-enfant ne devient évidemment pas titulaire d'un droit de garde au sens légal. Mais *de facto* il se retrouve dans une position qui y ressemble fort. Il possède, dès cette instant, les ingrédients de l'autorité et du pouvoir sur l'enfant³⁵⁶. Si le droit de séjour est la règle pour le parent non-gardien³⁵⁷, ne devrait-il pas être l'exception lorsqu'il s'agit des grands-parents, en raison du fait qu'il comporte un potentiel d'influence sur l'éducation de l'enfant ?

L'analyse de la jurisprudence démontre d'ailleurs que les tribunaux exercent une « auto-censure » à ce niveau puisque les séjours accordés aux grands-parents ne le sont que pour de courtes périodes : généralement le tribunal accorde un séjour d'une semaine par année, en plus des sorties régulières d'une journée et d'un court séjour de quelques jours à l'occasion des fêtes de fin d'année. De plus, notre étude démontre que dans tous les cas où un droit de séjour d'une semaine ou d'une fin de semaine à intervalles réguliers est accordé aux grands-parents, il s'agit de cas où les grands-parents entretenaient, avant la rupture des relations, des contacts réguliers et nombreux avec leurs petits-enfants³⁵⁸. Dans certains cas, ils en avaient

355. Article 650 C.C.Q.

356. Le juge en chef de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse écrivait à ce sujet : « Unless the access is extremely restricted, one must realize that, when the access parent has the child for any extended period of time, all the conditions of custody exist, at least in the eyes of the « access parent », no matter what the case law and legal writings say. Practically, the « sole care, custody and control » has shifted for the period of access » ; C.R. GLUBE, « Access », in R.S. ABELLA et C. L'HEUREUX-DUBÉ *Family Law. Dimensions of Justice*, Toronto, Butterworths, 1983, p. 196. On peut transposer cette constatation à la situation des grands-parents qui ont avec eux leurs petits-enfants pour des séjours prolongés.

357. L'article 16 (1) de la *Loi sur le divorce* de 1985, *supra*, note 317, invite les instances judiciaires à accorder de larges droits d'accès au parent non-gardien et, par conséquent des droits d'hébergement et de séjours.

358. *Droit de la famille* — 1218, (1989) R.D.F. 12 et *Droit de la famille* — 596 *supra*, note 91.

assumé *de facto* la garde pendant plusieurs années³⁵⁹. Dans une cause, récente, le tribunal accorde « des droits de visite et de sorties plus larges qu'on accorderait normalement à des grands-parents » notamment parce que la preuve avait révélé que l'enfant était habitué à la présence fréquente de sa grand-mère qui jouait le rôle de sa mère beaucoup plus souvent que la mère elle-même, durant les quatre premières années de sa vie³⁶⁰.

On constate donc que la jurisprudence met un frein au droit d'hébergement des grands-parents, appliquant implicitement le principe exprimé dans *Protection de la Jeunesse* — 293, selon lequel l'article 659 C.C.Q. ne vise pas « des droits de visite et de sortie comparables à ceux que des conjoints en instance de divorce ou de séparation peuvent réclamer »³⁶¹. Ainsi, dans une affaire où le tribunal rappelle aux grands-parents qu'ils ne peuvent imposer leur système de valeurs, ni faire obstacle à l'exercice de l'autorité parentale, le juge écrit : « les droits de visite accordés ne seront pas les mêmes que j'accorderais s'il s'agissait d'un des parents demandant des droits de sortie, le parent qui n'ayant pas la garde conserve quand même l'autorité parentale sur l'enfant. » En l'espèce le tribunal estime que l'hébergement de l'enfant n'est pas nécessaire, sauf pendant la période de vacances³⁶².

Cette retenue judiciaire est justifiée. Les droits de séjour, véritables limites à l'autorité parentale, ne devraient être accordés qu'avec mesure et seulement dans le cas où la preuve révèle l'existence de liens antérieurs importants entre les grands-parents et l'enfant. Quant à la fréquence des visites et des sorties, il va de soi que cette question relève du cas d'espèce et qu'il appartient aux tribunaux d'aménager les relations en tenant compte des circonstances particulières de chaque cas. Le droit des grands-parents n'est donc pas illimité. Il ne pourra jamais s'exercer au détriment de l'enfant et les parents pourront y faire obstacle en invoquant des motifs graves.

4.2. Limites du droit : les motifs graves et l'intérêt de l'enfant

Le principe selon lequel les grands-parents ont un droit propre aux relations personnelles avec leurs petits-enfants a été récemment confirmé par la Cour d'appel du Québec³⁶³. Il y a donc, nous l'avons vu, une présomption légale qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de conserver des liens

359. Anonyme, C.S. (Montréal) *supra*, note 109.

360. *Droit de la famille* — 528, (1988) R.D.F. 357.

361. *Protection de la jeunesse* — 293, (1988) R.J.Q. 213.

362. Anonyme, C.S. (Montréal), *supra*, note 92.

363. *Droit de la famille* — 1228, *supra*, note 191.

avec ses grands-parents, tout en tenant compte de chaque cas d'espèce³⁶⁴. Certains tribunaux ont même retenu comme critère d'intervention sur la base de l'article 38 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, le fait pour des parents de refuser sans motif grave les contacts entre enfant et grands-parents³⁶⁵.

Cette présomption peut être renversée si les parents font la preuve de motifs graves qui militent contre le maintien ou la restauration des contacts. La lecture de l'article 659 C.C.Q. peut laisser croire que le législateur ne vise que les enfants sous autorité de leur père et mère. En effet, dans d'autres dispositions du code concernant l'autorité parentale, le législateur a pris soin d'inclure les autres titulaires de l'autorité parentale à défaut de parents³⁶⁶. Il semble pourtant évident que cette disposition vise également la situation d'enfants sous autorité d'une tierce personne (tuteur, directeur de la Protection de la jeunesse, etc. ...) puisque ce texte instaure un droit propre aux grands-parents, dans l'intérêt de l'enfant. Mais il eut été préférable, pour éviter toute ambiguïté, de remplacer les mots « père et mère » par « les titulaires de l'autorité parentale ».

L'article 659 C.C.Q. ne dit pas que les parents peuvent s'opposer aux contacts entre leur enfant et ses grands-parents en invoquant simplement l'intérêt de l'enfant. Il impose la démonstration de l'existence de motifs graves. Or l'analyse de la jurisprudence démontre qu'il y a souvent une ambiguïté à ce sujet et que la notion de motif grave se confond avec celle de l'intérêt de l'enfant, tel que prévu par l'article 30 C.C.B.C. Ainsi, dans une affaire où le tribunal rappelle que, d'une part, l'article 30 C.C.B.C. exige que l'intérêt de l'enfant et les respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet et que, d'autre part, l'article 659 C.C.Q. exige la preuve de motifs graves, le juge estime que « constituerait un motif grave justifiant une dénégation des relations entre un enfant et ses grands-parents la preuve que ces contacts nuiraient au meilleur intérêt de l'enfant »³⁶⁷. Pourtant, si l'on acceptait que dans le cadre de cette disposition, la notion de « motifs graves » est synonyme de celle d'intérêt de l'enfant, il faudrait conclure qu'en mentionnant les mots « motifs graves », le législateur parle pour ne rien dire, puisqu'il y a déjà l'article 30 C.C.B.C.

Il semble, au contraire, que le législateur ait voulu donner une protection toute particulière à ces relations personnelles, reconnaissant du même

364. *Anonyme*, C.A. (Québec), *supra*, note 192.

365. *Anonyme*, C.Q. (Montréal) 500-41-000528-888, 23 novembre 1988, juge B.H. BROWN.

366. Exemple : les articles 603 à 605 C.C.Q. en matière de consentement à l'adoption ; l'article 654 C.C.Q. en matière de déchéance de l'autorité parentale.

367. *Droit de la famille* — 528, *supra*, note 360.

coup l'importance du rôle des grands-parents au sein de la famille. On peut faire un parallèle avec la déchéance de l'autorité parentale. Celle-ci ne peut être prononcée que si deux conditions sont remplies : il doit y avoir un *motif grave* et la déchéance doit être dans l'intérêt de l'enfant³⁶⁸. La Cour d'appel du Québec a précisé que l'article 654 C.C.Q. favorise une interprétation plus raisonnable de l'article 30 C.C.B.C.³⁶⁹. De la même façon, le tribunal ne pourra, en matière de relations entre grands-parents et petits-enfants, interdire les contacts que s'il y a motif grave. Par la suite, en l'absence de motif grave, le tribunal se prononcera sur les modalités d'exercice du droit, en tenant compte, cette fois, de l'intérêt de l'enfant, pour restreindre ou étendre les contacts. En l'absence de motif grave, le juge ne pourra pas refuser totalement la demande. Cette distinction nous semble très importante pour deux raisons. La première, parce qu'elle démontre que le législateur exprime un *a priori* favorable aux grands-parents et que, par conséquent, seuls les motifs graves pourront faire obstacle à leur droit, quitte à aménager celui-ci en fonction de l'intérêt de l'enfant³⁷⁰. La deuxième parce que si la Cour d'appel n'a pas de discrétion distincte de celle du tribunal de première instance, lorsqu'il s'agit d'évaluer le meilleur intérêt de l'enfant et qu'elle n'interviendra qu'en cas d'erreur manifeste dans l'appréciation de la preuve ou d'injustice grave³⁷¹, il en va autrement en ce qui concerne l'appréciation des motifs graves. On peut soutenir que le critère de la gravité ne tient pas de la seule appréciation par le juge du fait. Par conséquent, la détermination faite par le tribunal de première instance est sujette au contrôle de la Cour d'appel. Ce principe a été confirmé récemment dans une cause où il s'agissait d'apprécier les motifs graves dans le cadre d'une action en déchéance de l'autorité parentale³⁷². Un raisonnement similaire semble s'imposer en ce qui concerne l'article 659 C.C.Q. compte tenu de la similarité de la terminologie utilisée, par rapport à l'article 654 C.C.Q.

368. Article 654 C.C.Q. Voir *Droit de la famille*—251, J.E. 86-1 (C.S.); M. PRATTE, « Les tenants et les aboutissants de la notion d'abandon en matière de déchéance de l'autorité parentale », *Droit et enfant*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 3 s.

369. *Droit de la famille*—236, *supra*, note 319; voir à ce sujet S. PILON, « L'abandon de l'enfant, motif de déchéance de l'autorité parentale et de déclaration d'adoptabilité », (1987) *R.D.F.* 375.

370. Par exemple en réduisant ces contacts à la seule possibilité de correspondre ou de téléphoner à l'enfant.

371. Ce principe a été rappelé à de nombreuses reprises. Voir *Bockler c. Blocker*, (1974) C.A. 41; *Talsky c. Talsky*, (1976) 2 R.C.S. 292; *Droit de la famille*—120, (1984) C.A. 101; *Droit de la famille*—154, J.E. 84-700 (C.A.).

372. *Droit de la famille*—639, (1989) R.J.Q. 1082 (C.A.).

Il y a donc deux étapes dans le processus décisionnel : celle de la reconnaissance du droit des grands-parents en l'absence de motifs graves et celle de l'aménagement des modalités d'exercice de ce droit dans l'intérêt de l'enfant. Or l'analyse de la jurisprudence démontre que les tribunaux confondent parfois les étapes. Ainsi dans un jugement de 1988, le tribunal accorde des droits de sortie et de visite à une grand-mère, mais décide que ce droit prendra fin après une période de quatre ans, estimant qu'accorder des droits prolongés affecterait nécessairement les droits du titulaire de l'autorité parentale³⁷³. En l'espèce, l'enfant n'avait que cinq ans et la preuve avait démontré son attachement significatif à sa grand-mère. Un rapport des services sociaux notait que « cette relation ne pourrait être coupée sans provoquer des effets reliés à une perte significative ». Il n'y avait manifestement aucun motif grave au sens de l'article 659 C.C.Q. Il nous apparaît que de mettre fin aux relations après une période prédéterminée, revient à confondre existence du droit et modalités d'exercice de ce droit. Dans une autre affaire, le tribunal estime que les contacts des grands-parents avec leur petit-fils empêchent ce dernier de faire le deuil de son père. Malgré le fait que le tribunal constate l'attachement profond de l'enfant à ses grands-parents, il refuse les droits de visite et interdit même aux grands-parents de chercher à contacter l'enfant³⁷⁴.

S'agissant de relations humaines, il est évident que les deux étapes ne peuvent être cloisonnées artificiellement et que la notion d'intérêt de l'enfant est omniprésente dans le processus décisionnel. Toutefois, comme le soulignait la Cour d'appel en matière de déchéance³⁷⁵, le tribunal devrait, à l'étape de la reconnaissance judiciaire du droit des grands-parents, faire une interprétation plus raisonnable de l'article 30 C.C.B.C., en ce sens qu'à ce stade, l'intérêt de l'enfant exige que les contacts avec ses grands-parents ne soient complètement rompus qu'en présence de motifs graves. L'existence ou l'inexistence de motifs graves, est en réalité, dans le cadre de l'article 659 C.C.Q., une « autre circonstance » dont parle l'article 30 C.C.B.C. Et les tribunaux ne peuvent en faire abstraction, au risque de s'arroger un pouvoir d'appréciation plus large que celui que leur donne l'article 659 C.C.Q.

La loi ne définit pas le contenu des motifs graves. Cette tâche est laissée aux tribunaux. Dans certaines situations extrêmes, il n'y a aucune difficulté à conclure qu'on est effectivement en présence de motifs graves. Ainsi, les tribunaux n'hésitent pas, et à raison, à considérer que l'ingérence constante et persistante d'une grand-mère dans la façon d'éduquer les

373. *Droit de la famille* — 1207, (1988) R.D.F. 440.

374. *Anonyme*, C.S. (Québec) 200-04-0000069-888, 29 juin 1988, juge R. Lesage.

375. *Droit de la famille* — 236, *supra*, note 319.

enfants, permet de faire obstacle aux contacts entre ceux-ci et la grand-mère³⁷⁶, car les grands-parents ne peuvent détourner le droit aux relations personnelles de sa finalité. De la même façon, on comprend aisément que le comportement haineux et violent d'un grand-père à l'égard de ses propres enfants, constitue un motif grave³⁷⁷. À l'autre extrême, il est tout aussi clair que certains motifs ne comportent pas cet élément de gravité visé par l'article 659 C.C.Q. Ainsi la réticence générale exprimée par un père à l'égard de ses beaux-parents est bien entendu insuffisante³⁷⁸. De la même façon, ont été jugés insuffisants les motifs suivants : la simple crainte d'une influence néfaste des grands-parents sur l'enfant³⁷⁹ ; la crainte que l'affection des grands-parents puisse diminuer l'attachement et le respect de l'enfant pour son père et la crainte que ces contacts puissent empêcher l'enfant de s'intégrer à sa nouvelle famille³⁸⁰ ; le fort ressentiment de la mère envers ses beaux-parents qu'elle considérait « complices » de son ex-mari³⁸¹. Par contre, tous ces motifs, sans pouvoir justifier la rupture des contacts, sont pris en considération par les tribunaux pour aménager les modalités de contact. Ainsi, par exemple, le juge décidera que le droit de visite se fera en présence de la mère ou d'un tiers, afin d'en contrôler le déroulement³⁸² ou, qu'au contraire, telle tierce personne désignée ne pourra être présente lors des visites³⁸³. Ces motifs, disons moins graves, permettent également aux tribunaux d'organiser une reprise de contact graduelle de l'enfant³⁸⁴, ou les incitent à laisser au titulaire de l'autorité parentale le choix des dates des visites et des sorties³⁸⁵.

Dans la plupart des cas soumis aux tribunaux, la situation n'est toutefois pas aussi clairement tranchée. Dans ces cas-là, on constate nettement deux tendances jurisprudentielles : l'une plutôt favorable aux droits des grands-parents et l'autre mettant l'accent sur la primauté de l'autorité parentale. Les deux courants invoquent, bien entendu, l'intérêt de l'enfant. Mais le premier préconise une définition étroite des termes « motifs

376. *Droit de la famille* — 259, *supra*, note 207.

377. *Anonyme*, C.S. (Québec) 200-04-000141-844, 29 mai 1984, juge R.W. Dionne.

378. *Anonyme*, C.S. (Chicoutimi) 150-04-000142-872, 26 juin 1987, juge P. Bergeron.

379. *Anonyme*, C.S. (Chicoutimi) 150-04-000082-839, 30 mai 1983, juge R. Chouinard et *Anonyme*, C.S. (Québec) 200-04-000598-860, 26 novembre 1986, juge J. Bienvenue.

380. *Anonyme*, C.S. (Montréal), *supra*, note 92.

381. *Anonyme*, C.S. (Québec) 200-04-000288-819, 27 août 1981, juge A. Desmeules.

382. *Anonyme*, C.S. (Chicoutimi), *supra*, note 379.

383. *Anonyme*, C.S. (Saguenay), *supra*, note 92 ; *Anonyme*, C.S. (Québec) *supra*, note 379 ; *Anonyme*, C.S. (Québec), *supra*, note 189 ; *Droit de la famille* — 151, *supra*, note 101.

384. *Anonyme*, C.S. (Chicoutimi), *supra*, note 378, et *Droit de la famille* — 151, *id.*.

385. *Droit de la famille* — 596, *supra*, note 91.

graves », alors que le deuxième favorise un contenu large de cette notion, ce qui permet de mettre un frein à l'application de l'article 659 C.C.Q. Cette divergence apparaît essentiellement dans les cas où le motif invoqué est le climat de tension, voire d'hostilité, entre le parent et les grands-parents (beaux-parents le plus souvent). Lorsque la preuve démontre que les relations entre ceux-ci sont tendues à l'extrême ou qu'il règne entre eux un climat de non-communication absolue ou encore qu'aucun rapprochement n'est possible, certains tribunaux verront là un motif grave faisant obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents. Ces jugements soulignent que l'enfant ne doit pas être victime des disputes³⁸⁶, que les visites placeraient l'enfant au cœur d'un conflit³⁸⁷, ou qu'il est « évident que les enfants ne doivent pas être mêlés à cette guérilla familiale »³⁸⁸.

Dans les cas de tension extrême, il peut effectivement s'avérer sage de refuser les contacts. Mais il serait contraire à l'esprit de la loi que de conclure automatiquement à l'existence de motifs graves chaque fois que les relations entre grands-parents et parents sont très tendues et qu'il y a donc risque pour l'enfant de se trouver au centre d'un conflit familial. En effet, par définition l'enfant est au centre d'un conflit chaque fois qu'un grand-parent est obligé de s'adresser aux tribunaux pour obtenir le respect de ses droits prévus par l'article 659 C.C.Q. De plus, il est évident que, dans bien des cas, il y a une tension vive entre les protagonistes puisqu'ils en sont rendus au point que seul l'autorité judiciaire peut encore apporter une solution à leur différend.

Face à ce climat de tension, l'autre courant jurisprudentiel va dans le sens d'un accueil favorable aux demandes des grands-parents, mais imposera des restrictions au droit de visite³⁸⁹. Ainsi, dans une espèce où le tribunal avait constaté que les relations entre une mère et une grand-mère

386. *Anonyme*, C.S. (Rivière-du-Loup) 250-04-000009-830, 25 février 1983, juge H. Larue.

387. *Anonyme*, C.S. (Drummond) *supra*, note 105. En l'espèce il s'agissait d'une action en déchéance de l'autorité parentale, jointe à une requête sur l'article 659 C.C.Q. Le tribunal invoque abondamment les motifs graves en ce qui concerne la déchéance, mais ne mentionne que l'intérêt de l'enfant lorsqu'il s'agit de trancher la question des relations de l'enfant avec ses grands-parents.

388. *Droit de la famille* — 291, *supra*, note 196 ; dans le même sens : *Droit de la famille* — 426, *supra*, note 208.

389. *Anonyme*, *supra*, note 90 : après avoir constaté que les visites se déroulaient dans un climat hostile, le juge diminue les droits de sortie accordés à la grand-mère dans un jugement antérieur ; dans *Droit de la famille* — 1218, (1989) R.D.F. 12, la grand-mère et les parents ne se parlaient plus, suite à une querelle concernant des questions financières ; voir aussi *Droit de la famille*, (1984) C.S. 706, où le tribunal organise un droit d'accès malgré « un climat de non-communication quasi absolue entre parents et grands-parents ».

étaient « tendues et teintées au coin de la violence verbale, sinon physique », le juge rappelle que « la gravité des motifs dont parle le législateur doit être envisagée dans ses conséquences sur le bien de l'enfant » et que « s'il y a opposition entre les parties et si, par ricochet, elle risque de traumatiser l'enfant, c'est aux parties de s'autodiscipliner et partant, de « maturer » et non à l'enfant d'être privé d'un droit parce que les adultes se conduisent comme des enfants ou ne savent pas se conduire du tout »³⁹⁰.

Dans une affaire récente, le tribunal adopte une approche originale de la notion de motif grave en établissant qu'en l'espèce, rien n'établit qu'il y aurait *danger* à accorder aux requérants des droits de sortie³⁹¹. Le tribunal fait donc un rapprochement entre motif grave et situation de danger pour l'enfant. Pour arriver à cette interprétation, le tribunal s'autorise de la doctrine française³⁹², et plus précisément de l'opinion du professeur Colombet qui estime que les motifs graves résultent d'hypothèses où la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation seraient en danger. En d'autres mots, le tribunal fait un rapprochement entre motifs graves de l'article 659 C.C.Q. et les cas de protection au sens de l'article 38 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Or cette opinion, partagée par certains³⁹³, demeure minoritaire. En effet, la majorité des auteurs, ainsi que la juris-

390. *Droit de la famille* — 223, *supra*, note 93.

391. *Droit de la famille* — 596, *supra*, note 91.

392. À notre connaissance c'est la seule décision au Québec qui fait référence aux origines historiques de l'article 659 C.C.Q. Le tribunal conclut qu'il « en résulte que les commentaires des auteurs, sur le droit des grands-parents, s'appliquent aussi à notre droit ». Ce faisant, le juge applique au *Code civil du Québec*, sans le dire expressément, une règle d'interprétation du Code civil du Bas-Canada, préconisée par F.P. Walton :

Lorsqu'un article de notre code reproduit un article du Code Napoléon, que ce soit mot pour mot ou avec des modifications de pure forme, nos tribunaux doivent accorder la plus grande attention au point de vue exprimé sur l'article français par les auteurs qui font le plus autorité en France.

[...]

Une disposition tirée du droit français doit être interprétée à l'aide des autorités françaises. (F.P. WALTON, *Le domaine de l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, introduction et traduction par M. TANCELIN, Toronto, Butterworths, 1980, p. 115-119).

À propos de l'approche historique, comme règle d'interprétation des dispositions du Code civil on lira avec intérêt l'opinion des juges Brossard et Lebel dans l'arrêt de la Cour d'appel du Québec *Aetna Casualty and Surety Co. c. Groupe Estrie (le), Mutuelle d'Assurance contre l'incendie*, (1990) R.J.Q. 1792. Dans cet arrêt, le juge Lebel rappelle un principe qui peut s'appliquer à l'article 659 C.C.Q. en écrivant : « sans que nous soyions liés par les décisions des cours françaises, même celle de la Cour de cassation, rien n'interdit d'évaluer les solutions qu'elle retient et d'examiner la légitimité et l'opportunité de mise en œuvre, par analogie, en droit québécois » (p. 1809).

393. En ce sens P. GUIHO, *La famille*, 2^e éd., Paris, Hermès, 1986, p. 421.

prudence française, vont plutôt dans le sens d'une interprétation moins étroite de la notion de motif grave. Ainsi, dans bien des cas, les tribunaux concluent à l'existence de motifs graves, sans pour autant que la santé ou la moralité des enfants ne soit en danger³⁹⁴. C'est la solution que préconisait le professeur Legeais, au lendemain de l'adoption de l'article 371-4 C.C.F., lorsqu'il suggérait que dans l'interprétation de cette disposition, les tribunaux devraient être moins exigeants que lorsqu'il s'agit d'organiser une mesure d'assistance éducative restreignant les pouvoirs des parents³⁹⁵.

Aussi intéressant que soit le rapprochement entre la notion de motif grave et celle de motif de protection, il est clair que la jurisprudence québécoise, à l'instar de la jurisprudence française, favorise une acceptation plus large du concept, se donnant ainsi une plus grande marge d'appréciation. Notons, en passant, que certaines décisions, en France et en Belgique, vont dans un sens encore plus favorable aux grands-parents, en estimant que le degré de gravité doit être le même qu'en matière de déchéance de l'autorité parentale³⁹⁶. Une telle conception semble nettement exagérée car elle mettrait les droits des grands-parents sur un pied d'égalité avec les droits du titulaire de l'autorité parentale³⁹⁷.

La proximité de l'article 659 C.C.Q. avec les dispositions concernant la déchéance, aurait dû inciter le législateur à utiliser une terminologie différente. En effet, l'article 654 C.C.Q. parle également de motif grave. Or il existe un principe d'interprétation selon lequel on doit présumer que dans une loi le même terme a partout le même sens. Ce principe est encore plus vrai lorsqu'il s'agit de dispositions voisines³⁹⁸. Il eut sans doute été préférable d'utiliser les termes « motifs sérieux » qui ont l'avantage d'exprimer le

394. T. GARE, *supra*, note 1, p. 221. ; C. NEIRINCK, *supra*, note 10, p. 256 ; G. SUTTON, *supra*, note 85. La jurisprudence belge va dans le même sens. Plusieurs décisions démontrent, par exemple, qu'il y a motif grave lorsque les grands-parents détournent leur droit de sa finalité, même si cela ne met pas l'enfant en danger. Ainsi, le tribunal refuse d'accorder des droits de visite à une grand-mère parce qu'il avait été démontré que le seul but de celle-ci était de permettre au père non-gardien, d'avoir un accès plus étendu à son enfant : Civ. Bruxelles, 5 janvier 1977, *R.W.* 1979-80, col 2062.

395. R. LEGEAIS, *supra*, note 308, p. 68.

396. Voir Civ. Nivelles, 6 novembre 1981, *R.T.D.F.* 1983, p. 209 et note J.-L. RENCHON, « Aux confins du juridique et du psychologique ».

397. Au Québec, la jurisprudence a clairement établi qu'en matière de déchéance il doit s'agir de circonstances qui révèlent l'indignité du parent. Voir en ce sens *Legault c. Figueroa*, (1978) C.A. 82. Le jugement de déchéance est donc un jugement de valeur sur le comportement du titulaire de l'autorité parentale. Il ne sera prononcé que s'il y a une preuve de circonstances graves, au sens le plus poussé du terme : *Droit de la famille* — 639, *supra*, note 372.

398. P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982, p. 283-284, ainsi que la jurisprudence citée à la note 266.

caractère important du droit des grands-parents, tout en reflétant une gradation, quant au degré de gravité, par rapport aux motifs graves qui justifient la déchéance de l'autorité parentale.

Finalement, l'analyse des motifs retenus par la jurisprudence québécoise démontre qu'en règle générale, les tribunaux tiennent compte avant tout de l'incidence du droit aux relations personnelles sur l'épanouissement et le bien-être des enfants et que cette considération les amène à favoriser, de plus en plus, les relations entre générations.

Conclusion

Le nombre croissant de divorces et de séparations a donné lieu à de nombreuses études concernant l'impact de ces ruptures sur les conjoints et les enfants. Cette attention particulière se reflète également dans le droit dont la tendance était, jusque récemment, de restreindre de plus en plus le cercle familial aux seuls père, mère et enfants. C'était oublier les autres générations et négliger l'impact des séparations (ou du décès d'un conjoint) sur les liens entre l'enfant et ses grands-parents.

En introduisant l'article 659 du *Code civil du Québec*, le législateur entendait pallier cette lacune et donnait à la famille, du même coup, une dimension juridique nouvelle, plus conforme à la réalité. La loi, finalement, ne faisait que consacrer une donnée naturelle, en rappelant que la famille ne se limite pas seulement aux parents et aux enfants. Ceux-ci tissent des liens dans la parenté élargie. Il est donc normal que ces liens soient protégés.

Au terme de cette analyse, nous constatons que les tribunaux sont généralement favorables aux droits d'accès des grands-parents, mais que la jurisprudence est encore contradictoire à certains égards, comme par exemple en ce qui concerne le fondement du droit aux relations personnelles ou l'interprétation à donner aux termes « motifs graves ». Ce flottement risque d'entraîner l'insécurité juridique car le contenu de la décision dépendra souvent de l'attitude favorable ou défavorable qu'adoptent les juges à l'égard des grands-parents dont le droit constitue une limite à l'exercice de l'autorité parentale.

L'éclairage du droit français et du droit belge nous a permis de constater que certains mécanismes peuvent être imaginés dans le but de protéger plus encore les liens entre grands-parents et petits-enfants, que ce soit, par exemple, en les impliquant davantage dans les procédures d'adoption ou en interprétant les termes « motifs graves » de façon assez restrictive.

Il eut été préférable d'adapter l'article 371-4 du *Code civil français* au droit québécois, plutôt que de l'y transcrire littéralement car nous avons vu

que la terminologie utilisée en contexte français n'a pas nécessairement le même sens qu'en contexte québécois. Cette disposition donne aux grands-parents un droit aux relations personnelles avec leurs petits-enfants et la loi part du principe que ces liens sont, jusqu'à preuve du contraire, bénéfiques pour l'enfant. Puisqu'il s'agit d'un droit conféré aux grands-parents et qu'il est démontré que le maintien de ces contacts est important pour l'enfant, il est difficile d'accepter que l'adoption de l'enfant, par le nouveau conjoint d'un parent, réduise à néant des relations que l'enfant a pourtant tissé, parfois pendant des années, avec des personnes aussi proches que peuvent l'être les grands-parents. C'est la raison pour laquelle nous proposons que le législateur introduise un amendement à l'article 659 C.C.Q. de la façon suivante :

Les titulaires de l'autorité parentale ne peuvent sans motifs sérieux faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents.

À défaut d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le tribunal.

En considération de situations exceptionnelles, le tribunal peut également régler les modalités des relations de l'enfant avec d'autres personnes.

Cette nouvelle formulation permet en même temps de clarifier la situation des tiers, autres que les grands-parents, avec qui l'enfant avait également des relations privilégiées. En effet, si les grands-parents sont, en règle générale, des personnes importantes pour un enfant, on peut, dans certains cas, en dire autant des frères, sœurs, oncles, tantes, ... Ceux-ci devraient pouvoir, dans des situations exceptionnelles, continuer à exprimer leur affection, bénéfique au mineur, malgré l'opposition d'un parent. Ces modifications à l'article 659 C.C.Q. complèteraient une réforme dont un des buts essentiels était de répondre aux besoins affectifs de l'enfant.

Par ailleurs, nous avons constaté que les grands-parents, dans les faits, éprouvent souvent de la difficulté à faire respecter les jugements qui leur accordent des droits de visite. Cela doit nous rappeler que l'intervention des tribunaux dans le domaine des relations humaines aura toujours des limites et que la réponse judiciaire aux conflits familiaux ne sera jamais un remède parfait.